



Centro Universitário de Brasília — UniCEUB Instituto
CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Doutorado em Direito

FERNANDO LOPES FERRAZ ELIAS

**OS MECANISMOS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DO
DIREITO DA OMC À LUZ DAS TEORIAS DAS RELAÇÕES
INTERNACIONAIS:** análise dos casos em que os Estados utilizaram as
medidas retaliatórias autorizadas pelo OSC

Brasília

2017

FERNANDO LOPES FERRAZ ELIAS

**OS MECANISMOS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DO
DIREITO DA OMC À LUZ DAS TEORIAS DAS RELAÇÕES
INTERNACIONAIS:** análise dos casos em que os Estados utilizaram as
medidas retaliatórias autorizadas pelo OSC

Tese apresentada como requisito
obrigatório para a obtenção do grau
de doutor em Direito do Centro
Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo
Ferreira Ribeiro

Brasília

2017

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado à memória da Tia Anna Cecília Müller Correa:

Era uma lua de inverno, em um céu de verão. Naquela noite, quando cheguei ao parque para a minha rotineira caminhada, confesso, eu não sabia que ela estava lá. Aquele não havia sido um dia fácil, desde o momento em que recebi a notícia, logo de manhã. Como de costume, dirigi-me à pista central. Quanto mais eu me aproximava, mais ela se revelava. Iluminada. Altiva. Soberana. Era uma 'super lua'! A princípio, apenas me chamou a atenção o fenômeno da natureza atípico para aquela época do ano. Entretanto, precisei de poucos metros para perceber que ela me olhava. Insistentemente. Aumentei o passo, mudei a direção, porém, qual fosse o sentido e o ritmo que eu imprimisse, ela continuava a me seguir. Finalmente entendi que ela jamais teria ido embora sem se despedir antes. E que onde quer que vá, ela sempre me acompanhará. Nesse momento, eu já corria e chorava em igual intensidade. Diante da cena, imagino que os menos afeitos a atividades físicas tenham concluído que as práticas esportivas nem sempre são positivas... Desde então, eu a encontro todas as noites. Nem sempre ela está daquele jeito. Às vezes está crescente, sintoma de esperança. Outras vezes, minguante, parece decepcionada com as minhas não poucas falhas. E há, ainda, dias em que simplesmente não a vejo. São nesses dias que a sinto ainda mais presente.

AGRADECIMENTOS

Ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), pela Bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), a mim conferida, para a realização de estágio como pesquisador-docente, a partir do ano de 2016, o que viabilizou minha dedicação integral ao curso e à confecção deste trabalho.

Ao professor Marcelo Dias Varella, Coordenador da Pós-Graduação em Direito, pelos expressivos resultados obtidos para o nosso curso.

Ao meu orientador, professor Gustavo Ferreira Ribeiro, por ter aceito me acompanhar neste importante momento de minha vida acadêmica e ter vislumbrado, com sensibilidade e a inteligência, o que esta pesquisa seria, quando ainda não era. Este trabalho jamais teria sido possível sem a sua inestimável ajuda e dedicação.

Aos professores Alice Rocha da Silva, Gustavo Ferreira Ribeiro, Ivo Teixeira Gico Júnior, José Francisco Rezek, Marcelo Dias Varella, Nitish Monebhurrin e Paulo Roberto de Almeida, pelas valiosas contribuições prestadas.

Aos funcionários da Pós-Graduação em Direito Aline Santos Assunção, Fernanda Gabriela de Araújo Silva, Ieda Paula da Silva, Marley Ribeiro e Yuri Valente do Nascimento, pela atenção de sempre.

A nossa miopia deve tornar-nos cétricos de que “a última volta do parafuso” de determinada metodologia, teoria ou debate epistemológico trará magicamente “os nossos binóculos analíticos” para um foco mais nítido (KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 685. 1998).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 A INTERDISCIPLINARIDADE COMO METODOLOGIA NO ESTUDO DOS MECANISMOS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL.....	28
1.1 A interrelação do sistema jurídico com o sistema político e econômico.....	28
1.2 O direito e as relações internacionais como metodologia.....	33
<i>1.2.1 Os encontros, os desencontros e os reencontros entre as metodologias do direito internacional e das relações internacionais.....</i>	<i>33</i>
<i>1.2.2 A relevância metodológica do direito internacional.....</i>	<i>37</i>
<i>1.2.3 As perspectivas de pesquisa empírica no direito internacional.....</i>	<i>51</i>
<i>1.2.4 A metodologia interdisciplinar sob a perspectiva das relações internacionais e do direito internacional.....</i>	<i>58</i>
<i>1.2.5 Os dilemas e os desafios para a construção de uma metodologia conjunta.....</i>	<i>67</i>
2 OS MECANISMOS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL À LUZ DA TEORIA DO DIREITO INTERNACIONAL....	74
2.1 A teoria do direito internacional.....	75
2.2 O ambiente de maior densidade, complexidade e fragmentação jurídica internacional.....	81
2.3 Os mecanismos tradicionais.....	89
<i>2.3.1 A implementação normativa.....</i>	<i>89</i>
<i>2.3.2 As sentenças compulsórias dos tribunais internacionais independentes.....</i>	<i>95</i>
<i>2.3.3 As medidas coercitivas.....</i>	<i>100</i>
2.4 Os novos mecanismos.....	102
<i>2.4.1 As medidas não coercitivas.....</i>	<i>102</i>
<i>2.4.2 A reputação.....</i>	<i>105</i>
<i>2.4.3 A legitimidade, a aculturação, a socialização e a persuasão.....</i>	<i>109</i>
2.5 Os mecanismos de indução ao cumprimento do direito da OMC.....	113

2.5.1 <i>O regime jurídico de comércio internacional do GATT à OMC</i>	113
2.5.2 <i>As formas e os fatores de descumprimento</i>	133
2.5.3 <i>As medidas retaliatórias</i>	154
3 OS MECANISMOS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL À LUZ DAS TEORIAS DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS	165
3.1 As teorias das relações internacionais	165
3.2 A perspectiva racionalista	171
3.2.1 <i>O realismo</i>	171
3.2.2 <i>O institucionalismo</i>	182
3.2.3 <i>O liberalismo</i>	203
3.3 A crítica construtivista	210
3.4 As medidas retaliatórias como mecanismos de indução ao cumprimento do direito da OMC à luz das teorias das relações internacionais	225
3.5 A leitura das teorias das relações internacionais sobre os contenciosos em que as medidas retaliatórias foram autorizadas pelo OSC e utilizadas pelos Estados	239
3.5.1 <i>Comunidades Europeias – medidas sobre carnes e produtos de carne (hormônios)</i>	239
3.5.2 <i>Comunidades Europeias – regime sobre a importação, venda e distribuição de bananas</i>	245
3.5.3 <i>Estados Unidos - tratamento tributário de “venda de corporações estrangeiras”</i>	252
3.5.4 <i>Estados Unidos – lei de compensação por continuação do dumping ou manutenção das subvenções de 2000</i>	256
CONSIDERAÇÕES FINAIS	262
REFERÊNCIAS	272

RESUMO

No âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), a adjudicação compulsória das controvérsias, com a aplicação interestatal de medidas retaliatórias autorizadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), transcende a tradicional lógica dos instrumentos jurídicos internacionais de indução à conformidade. Todavia, embora próprios de um controle normativo cogente, esses mecanismos são suscetíveis aos cálculos políticos e econômicos dos Estados, valores extrínsecos ao direito, portanto, estão longe de atingir os fins colimados. Na literatura, há uma carência de pesquisa acadêmica, teórica e empírica, sobre o cumprimento estatal das decisões dos regimes jurídicos internacionais. Especificamente, são poucos os trabalhos, a partir das teorias das relações internacionais, a respeito da retaliação como mecanismo de indução ao cumprimento do direito da OMC, não obstante tratar-se de relevante tema de investigação. Diante disso, buscou-se analisar o fenômeno do cumprimento do direito da OMC, a partir dos argumentos centrais dos principais paradigmas teóricos das relações internacionais, ou seja, o poder, as relações de custo e benefício, o papel dos grupos de interesse domésticos e a legitimidade, respectivamente, para o realismo, o institucionalismo, o liberalismo e o construtivismo; aplicados aos contenciosos em que os Estados utilizaram as medidas retaliatórias autorizadas pelo OSC, isto é, “Hormônios”, “Bananas”, “FSC” e “Byrd”. A retaliação nas disputas comerciais internacionais, motivada por decisões políticas e capaz de gerar impactos econômicos, somente pode ser compreendida em toda a sua plenitude mediante ferramentas metodológicas interdisciplinares, que combinem trabalhos empíricos com a revisão da literatura das teorias das relações internacionais, apesar das dificuldades de se estudar vários campos de pesquisa ao mesmo tempo. Sobrepostos os mencionados raciocínios teóricos aos referidos casos práticos, constatou-se que a utilização pelos Estados da retaliação autorizada pelo OSC corresponde a um mecanismo insuficiente de indução ao cumprimento do direito da OMC. Quando muito, produziu mudanças normativas nos Estados transgressores, porém, ainda distantes, cronológica e substancialmente das decisões adversas que obtiveram no OSC. Particularmente, aferiu-se a incapacidade dos mecanismos retaliatórios de induzirem o cumprimento do direito da OMC por parte dos Estados poderosos (realismo). Num cálculo de custo e benefício, a partir de interesses racionais e individuais dos Estados, as contramedidas incentivaram, na verdade, o descumprimento das decisões do OSC (institucionalismo). Ademais, os interesses de influentes grupos domésticos, escamoteados por questões de grande impacto nacional, pressionaram os Estados a manterem seus comportamentos violadores (liberalismo). Por fim, remanesceu a percepção interna de ilegitimidade das decisões do OSC, levando os Estados a decidirem pelo descumprimento (construtivismo).

Palavras-chave: OMC. Mecanismos de indução ao cumprimento do direito internacional. Retaliação. Interdisciplinaridade. Teorias das relações internacionais.

ABSTRACT

Within the World Trade Organization (WTO), compulsory adjudication of disputes, with the interstate application of retaliatory measures authorized by the Dispute Settlement Body (DSB), transcends the traditional logic of international legal instruments for inducing compliance. However, although they are characteristic of a cogent normative control, these mechanisms are susceptible to the political and economic calculations of the States, values extrinsic to the law, therefore, they are far from reaching the collimated ends. In the literature, there is a lack of academic, theoretical and empirical research on the state's compliance with the decisions of international legal regimes. Specifically, there is little work, based on international relations theories, regarding retaliation as a mechanism for inducing compliance with WTO law, despite be a relevant research topic. Thus, the aim was to analyze the phenomenon of compliance with WTO law, based on the central arguments of the main theoretical paradigms of international relations, namely power, cost and benefit relations, role of interest groups and legitimacy, respectively, for realism, institutionalism, liberalism and constructivism; applied to contentious cases in which States have used retaliatory measures authorized by the DSB, ie "Hormones", "Bananas", "FSC" and "Byrd". Retaliation in international trade disputes, motivated by political decisions and capable of generating economic impacts, can only be fully understood through interdisciplinary methodological tools, combining empirical work with the literature review of international relations theories, despite the difficulties of the study of the several fields of research at the same time. The aforementioned theoretical arguments overlapping with these practical cases, it has been found that the use by States of the retaliation authorized by the DSB is an insufficient mechanism to induce compliance with WTO law. At most, it has produced normative changes in the transgressing states, but still far, chronologically and substantially, from the adverse decisions that they obtained in the DSB. In particular, was assessed the inability of the retaliatory mechanisms to induce the enforcement of WTO law by powerful states (realism). In calculating cost and benefit, from the rational and individual interests of the States, countermeasures actually encouraged non-compliance with DSB (institutionalism) decisions. In addition, the interests of influential domestic groups, disguised by issues of great national impact, pressured States to maintain their outlaw behavior (liberalism). Finally, there remained the internal perception of illegitimacy of the decisions of the DSB, leading the States to decide for noncompliance (constructivism).

Keywords: WTO. International legal compliance. Retaliation. Interdisciplinarity. International relations theories.

RESUMEN

En el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), la adjudicación obligatoria de las controversias, con la aplicación interestatal de medidas represalias autorizadas por el Órgano de Solución de Controversias (OSC), trasciende la tradicional lógica de los instrumentos jurídicos internacionales de inducción a la conformidad. Sin embargo, aunque propios de un control normativo imperativo, esos mecanismos son susceptibles a los cálculos políticos y económicos de los Estados, valores extrínsecos al derecho, por lo tanto, están lejos de alcanzar los fines colimados. En la literatura, hay una carencia de investigación académica, teórica y empírica, sobre el cumplimiento estatal de las decisiones de los regímenes jurídicos internacionales. Específicamente, son pocos los trabajos, a partir de las teorías de las relaciones internacionales, acerca de la represalia como mecanismo de inducción al cumplimiento del derecho de la OMC, a pesar de tratarse de relevante tema de investigación. Por ello, se buscó analizar el fenómeno del cumplimiento del derecho de la OMC, a partir de los argumentos centrales de los principales paradigmas teóricos de las relaciones internacionales, es decir, el poder, las relaciones de costo y beneficio, el papel de los grupos de interés y la legitimidad, respectivamente, para el realismo, el institucionalismo, el liberalismo y el constructivismo; aplicados a los contenciosos en los que los Estados utilizaron las medidas represalias autorizadas por el OSC, es decir, “Hormonas”, “Plátanos”, “FSC” y “Byrd”. La represalia en las disputas comerciales internacionales, motivada por decisiones políticas y capaz de generar impactos económicos, sólo puede ser comprendida en toda su plenitud mediante herramientas metodológicas interdisciplinarias, que combinen trabajos empíricos con la revisión de la literatura de las teorías de las relaciones internacionales, a pesar de las dificultades de estudiar varios campos de investigación al mismo tiempo. Sobrepuestos los mencionados pensamientos teóricos a los referidos casos prácticos, se constató que la utilización por los Estados de la represalia autorizada por el OSC se trata de un mecanismo insuficiente de inducción al cumplimiento del derecho de la OMC. Cuando mucho, produjo cambios normativos en los Estados transgresores, pero, aún distantes, cronológica y sustancialmente de las decisiones adversas que obtuvieron en el OSC. En particular, se ha comprobado la incapacidad de los mecanismos represores de inducir el cumplimiento del derecho de la OMC por parte de los Estados poderosos (realismo). En un cálculo de costo y beneficio, a partir de intereses racionales e individuales de los Estados, las contramedidas incentivaron, en realidad, el incumplimiento de las decisiones del OSC (institucionalismo). Además, los intereses de influyentes grupos domésticos, escamoteados por cuestiones de gran impacto nacional, presionaron a los Estados a mantener sus comportamientos violadores (liberalismo). Finalmente, siguió la percepción interna de ilegitimidad de las decisiones del OSC, llevando a los Estados a decidir por el incumplimiento (constructivismo).

Palabras clave: OMC. Mecanismos de inducción al cumplimiento del derecho internacional. Represalia. Interdisciplinariedad. Teorías de las relaciones internacionales.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

ACP: Estados da África, do Caribe e do Pacífico

Art.: artigo

Bananas: OSC/OMC. Comunidades Europeias – Regime sobre a importação, venda e distribuição de bananas (WT/DS 27)

BM: Banco Mundial

Byrd: OSC/OMC. Estados Unidos – Lei de compensação por continuação do *dumping* ou manutenção das subvenções de 2000 (WT/DS 217 e 234)

CE: Comunidade Europeia

CEDH: Corte Europeia de Direitos Humanos

CII: Corte Internacional de Justiça

DISC: Domestic International Sales Corporation

ESC: Entendimento sobre Solução de Controvérsias

ETIA: Extraterritorial Income Act

EUA: Estados Unidos da América do Norte

FSC: OSC/OMC. Estados Unidos – Tratamento tributário de “venda de corporações estrangeiras” (WT/DS 108)

GAO: General Accounting Office

GATT: General Agreement on Tariffs and Trade (Acordo Geral de Tarifas e Comércio)

Hormônios: OSC/OMC. Comunidades Europeias – Medidas sobre carnes e produtos de carne (hormônios) (WT/DS 26 e 48)

NAFTA: North American Free Trade Agreement (Acordo de Livre Comércio da América do Norte)

OI: Organização Internacional

OMC: Organização Mundial do Comércio

ONG: Organização Não-Governamental

ONU: Organização das Nações Unidas

OSC: Órgão de Solução de Controvérsias

SCM: Subsidies and Countervailing Measures

SGP: Sistema Geral de Preferências

SPS: Sanitary and Phytosanitary

TBT: Technical Barriers to Trade

UE: União Europeia

URSS: União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

USTR: United States Trade Representative (Departamento de Comércio dos EUA)

§: Parágrafo

INTRODUÇÃO

Em uma nova configuração de governança global, mudanças nas relações entre os principais atores nacionais e internacionais implicaram transformações no direito. Por meio de um contínuo movimento de fricção mútua, o direito é modificado pelas demais ciências sociais, ao passo em que também as modifica, a partir da racionalidade de cada uma delas.

Há mais pesquisa acadêmica focada nos regimes jurídicos internacionais do que no comprometimento dos Estados com as normas oriundas desses regimes. Uma eventual relação de causalidade entre as normas internacionais e o comportamento dos Estados somente pode ser adequadamente compreendida a partir de uma abordagem interdisciplinar entre o direito internacional e as relações internacionais. Entretanto, a colaboração acadêmica entre os estudiosos de ambas as disciplinas oscila de acordo com fatores e forças históricas específicas, que se sucedem, de tempos em tempos, a ponto de ser possível falar em uma certa dicotomia entre os acadêmicos do direito internacional, que geralmente aceitam um papel de relevo das normas na política internacional, e os teóricos das relações internacionais, que mormente ignoram as contribuições das normas e instituições internacionais.

Diante disso, o direito internacional parece eternamente atormentado por uma crise existencial traduzida no debate pertinente a sua relevância. Da inexistência de normas internacionais à ausência de cumprimento delas, é grande o embate teórico a respeito da natureza e da importância do direito internacional. Dessa maneira, a questão “ontológica” sobre se o direito internacional existe convolou-se na questão “pós-ontológica” sobre se o direito internacional importa para a política internacional.

Por muitos anos, os teóricos das relações internacionais consideraram o direito internacional, quando existente, irrelevante. Os acadêmicos do direito internacional respondiam a esse desprezo com formalismo, tecnicismo e legalismo positivista, aumentando o distanciamento entre ambos. Em verdade, o direito internacional não é tão fraco quanto imaginam os cientistas políticos, nem tão forte quanto desejam os juristas. A recente aproximação entre o conhecimento produzido pelas duas disciplinas tornou-se inevitável, posto que, a um só tempo, cada vez mais campos de convívio social são disciplinados por um direito internacional, por sua vez, obrigado a processar informações, compreender interesses e analisar estruturas de poder das instituições que pretende regular.

Tratam-se de duas disciplinas separadas pelos mesmos assuntos. Essa provocação mostra mais do que aquilo que busca esconder: há óbices em se pensar ambas as áreas conjuntamente. Diferentes ontologias, procedentes de pressupostos epistemológicos divergentes, que empregam uma ampla gama de métodos distintos e são aplicadas a escolas acadêmicas concorrentes. Tudo isso torna a tarefa muito difícil. Não por acaso é ainda muito reduzida a quantidade de estudos, calcados em uma efetiva integração entre o direito e as relações internacionais, que procuram demonstrar condutas estatais determinadas por normas internacionais. Todavia, as iniciativas nesse sentido são crescentes e passam pela elaboração de novos paradigmas. Há, hoje, um novo caminho empírico na erudição jurídica internacional. Condôminos de um mesmo território intelectual — a cooperação internacional —, a construção de um campo interdisciplinar é catalisada não por elementos de vontade ou oportunidade, mas certamente por elementos de racionalidade e necessidade decorrentes de dinâmicas intradisciplinares. E as ferramentas para a consecução desse escopo são metodológicas.

A título de uma adequada reflexão sobre a prática internacional, especificamente, um outro caminho para se pensar a teoria do direito internacional parece ser aquele que combina os indispensáveis trabalhos práticos — a análise empírica por meio de dados quantitativos, estatísticas técnicas, estudos comparativos e exame de casos concretos (consoante uma ideia norte-americana de que uma teoria deve apresentar proposições gerais testáveis e verificáveis) — com a devida revisão das teorias das relações internacionais. Fruto de uma maior preocupação interdisciplinar, a academia jurídica internacional vive um momento em que as ortodoxias antigas são questionadas e os novos paradigmas desenhados, conforme postulados advindos não apenas da ciência política, senão da economia, da sociologia, da psicologia, e de outras tantas disciplinas, cada vez mais utilizados para se entender o direito internacional.

Na teoria do direito internacional, a princípio, cabe afastar o que o cumprimento não é ou quais efeitos é incapaz de produzir. O cumprimento — ou conformidade — entendido (a) como a compatibilidade entre um comportamento estatal (ou a mudança dele) e uma norma internacional (em virtude dela), com a qual um Estado se comprometeu, ou seja, uma ação de execução; portanto, está um passo à frente da implementação — ou incorporação, ou internalização, ou ratificação —, mera medida de execução, isto é, regulamentação formal estatal com o fito de transformar o direito internacional em direito interno; e, finalmente, um passo atrás da efetividade — ou eficácia —, caracterizada pela solução dos problemas que

motivaram a criação da norma internacional. Dessa maneira, não há relação direta entre esses três conceitos operacionais, cujos conteúdos político-jurídicos são independentes entre si.

No estudo do impacto do direito internacional, as “variáveis estruturais sistêmicas ou internacionais” e os “custos de conformidade” — quais sejam, o modelo institucional, a natureza e o conteúdo das normas e as medidas punitivas e os incentivos — influenciam o cumprimento das normas internacionais. Destarte, ciente de todos esses fatores, é possível aumentar o cumprimento do direito internacional e, assim, facilitar a concretização das metas e dos objetivos da política internacional.

Por força da especialização do direito internacional, consequência da especialização da sociedade internacional, o sistema jurídico fragmenta-se em subsistemas moldados com diferentes lógicas de funcionamento, inclusive, com instrumentos próprios de efetividade. As formas de controle do direito internacional do século XXI acompanham seu processo de crescente e contínua especialização. Destarte, a proliferação de subsistemas jurídicos internacionais implica a multiplicação dos mecanismos de efetividade. Outrossim, emerge um direito pós-nacional, marcado por relações transnacionais entre atores infraestatais e privados, com mecanismos próprios de controle normativo. Destarte, essas transformações implicaram mudanças não apenas na criação ou na interpretação do direito internacional, mas principalmente no seu cumprimento. Novas e mais complexas relações de cooperação surgem da convergência entre ambas as arquiteturas, marcadas pela complementariedade, solidariedade e sinergia, ao invés de concorrência ou substituição. Fortalecem-se mutuamente e maximizam a eficácia das normas internacionais.

A um só tempo, os mecanismos tradicionais ganham força e surgem novos mecanismos, que não podem ser compreendidos pelo raciocínio jurídico clássico. Por um lado, padrões globais decursivos de processos de interação internacional e transnacional produzem novos arranjos institucionais internos que reforçam a efetividade das normas, obrigatórias ou não, de subsistemas jurídicos públicos e privados; do comércio ao meio ambiente, dos esportes à internet, e ainda em tantas outras áreas. Nesse sentido, é emblemática a delegação de funções a organismos internacionais dotados de poder coercitivo, a exemplo dos tribunais internacionais. Além disso, o direito internacional aplica-se não apenas em virtude desse cenário de maior cogência, em que normas internacionais com força coercitiva ombreiam com as normas internas na determinação do comportamento dos Estados. Muitas vezes, quando os benefícios de um Estado em não cumprir uma norma ou uma decisão

de um tribunal internacional excedem os benefícios de cumpri-las, os mecanismos de incentivo, calcados na ideia de reputação e reciprocidade, são mais adequados do que os mecanismos de imposição e controle.

É certo que quanto mais reiteradas as relações estatais e quanto mais claras e precisas as normas que as regulam, particularmente aquelas destinadas a punir eventuais violações, maior a possibilidade de cumprimento do direito internacional. Consequentemente, em cenários cooperativos, a autoridade de um regime internacional é diretamente proporcional ao seu poder de coação. Todavia, não se deve perder de vista que os fatores jurídicos são apenas um dos elementos capazes de influenciar as condutas estatais, em outras palavras, somente instrumentos jurídicos vinculativos e coercitivos não bastam. Dessa maneira, desde a ação de atores nacionais e transnacionais, até prejuízos reputacionais e preocupações quanto aos comportamentos recíprocos dos outros Estados; o cumprimento estatal do direito internacional deve ser induzido por algo a mais do que a mera ameaça ou a aplicação efetiva de normas internacionais coercitivas, a exemplo dos mecanismos de retaliação.

Nessa esteira, destaca-se o risco de que os Estados, em eventual violação do direito internacional, sejam excluídos de regimes jurídicos internacionais e, assim, percam os benefícios da cooperação internacional, a exemplo da exportação e da importação de soluções jurídicas para problemas semelhantes que os atingem direta ou indiretamente, ou ainda, da construção de modelos de regulamentação interestatais ou transnacionais, a partir do compartilhamento de informações e da criação e execução de políticas conjuntas. Em síntese, os valores extrínsecos ao direito — políticos, econômicos ou reputacionais — revelam-se, muitas vezes, os mais importantes na imposição das normas nas relações internacionais.

A criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), na década de 1990, é um marco na longa jornada do comércio mundial a partir de um sistema de solução de controvérsias orientado pela assimetria de poder econômico entre seus membros, em que os Estados podiam bloquear decisões contrárias aos seus interesses, até um sistema orientado pelo direito, dotado de um órgão de solução de controvérsias legítimo e efetivo, cuja maioria das decisões são cumpridas pela quase totalidade dos Estados, a ponto de alguns autores identificarem na OMC um processo de constitucionalização de seu direito e de sua jurisprudência, capaz inclusive de determinar comportamentos estatais.

A indução à conformidade no âmbito da OMC vai além da lógica jurídica clássica dos instrumentos tradicionais, como a internalização ou a produção direta de efeitos de normas e

decisões internacionais, envolve, sobretudo, a inventividade de mecanismos que possibilitam às próprias partes aplicarem, e até mesmo negociarem, as sanções. Nesse sentido, a institucionalização dos conflitos comerciais na OMC foi impulsionada por uma curiosa ótica jurídica que permite a ameaça e o uso efetivo da retaliação¹ direta entre os Estados, sem contrarretaliações das partes mais fortes, a fim de impedir, salvo exceções, as barreiras comerciais protecionistas. Entretanto, questiona-se a efetividade do sistema OMC, um sistema de adjudicação dos conflitos por meio de mecanismos coercitivos de indução à conformidade, em relação à efetividade do seu antecessor, o sistema Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), uma vez que a jurisdição obrigatória e os remédios jurídicos impactam na diminuição do cumprimento, quando elevam o custo da conformidade a um ponto superior ao custo do descumprimento.

Uma das mais importantes questões recentemente suscitadas no âmbito da OMC é a do respeito às normas e decisões dos painéis e do órgão de apelação do sistema de solução de controvérsias. O que acontece depois que uma disputa da OMC é arbitrada? Uma vez que uma decisão foi proferida, como pode a parte reclamante garantir que a parte reclamada irá fielmente implementá-la? Que recurso está disponível para o autor da denúncia, se o réu de uma disputa altamente politizada recusar-se a cumpri-la? Se, quando e por que os envolvidos modificam suas práticas comerciais depois de uma decisão do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC)?

As idiossincrasias do regime jurídico da OMC determinam que a adesão às suas normas depende menos da natureza delas — o conteúdo material ou processual e a aplicação geral ou específica — ou, ainda, da vontade em vê-las prevalecer, do que do benefício econômico proporcionado pela barganha entre seus membros. Dessa forma, o binômio jurídico cumprimento/violação de normas e decisões pode ser compreendido consoante paradigmas de eficiência. Há várias formas de se lidar com a violação de uma obrigação jurídica internacional. Consoante noções contratuais de compensação, de acordo com o custo-benefício de uma eventual violação, a ideia de “cumprimento eficiente” está mais comprometida com o bem-estar das pessoas do que com punições a ações estatais. Nada parece mais adequado à natureza da indução ao cumprimento no direito da OMC.

¹ Adota-se a palavra “contramedidas” e a expressão “suspensão de concessões” como sinônimos para retaliação.

No direito internacional, de modo geral, é difícil tomar medidas coercitivas quando os Estados não cooperam. Na OMC, especificamente, é diferente, em razão da estrutura do OSC, com destaque para a possibilidade de imposição de medidas retaliatórias ao membro que descumpre as normas e decisões da organização. Contudo, descontextualizado dos interesses dos atores políticos, esse expediente não tem sido suficiente para resolver as deficiências pertinentes ao cumprimento, uma vez que não é possível estabelecer uma relação direta entre a natureza coercitiva da norma comercial internacional e o comportamento dos Estados. O sistema jurídico da OMC, em geral, e o mecanismo da retaliação, em particular, alcançam vários objetivos, ao mesmo tempo, mas o fazem de forma imperfeita, portanto, os incentivos ao cumprimento podem, muitas vezes, não ter o resultado desejado.

À parte os méritos jurídicos do instrumento da retaliação, a força política do demandante é grande responsável pela indução ao cumprimento de uma decisão do OSC. Para muitos países em desenvolvimento, a retaliação constitui-se em uma “não-medida”. No sistema de solução de controvérsias da OMC, nada desvela mais a dicotomia entre a igualdade de direito e a desigualdade de fato do que o mecanismo da retaliação. A realidade em que alguns membros são mais iguais do que os outros orienta um sistema baseado na “lei do mais forte”, ao contrário de um desejado sistema calcado na força da lei. Muitas vezes, parece tratar-se de um regime jurídico responsável pela criação de duas classes de Estados, cujo benefício da violação normativa é permitido a somente uma delas. Em seu “grande salto”, a OMC “tropeçou” no problema do descumprimento de suas normas e decisões. Quando não consegue forjar o cumprimento por parte dos Estados mais fortes, o OSC contribui menos do que o desejável para a construção de uma ordem mundial mais justa.

Qual o valor de um recurso que não pode ser exercitado por uma parte, especialmente, quando essa parte é a mais fraca? Qual a legitimidade de um sistema jurídico cujos mecanismos de reparação são ineficazes? Não basta que um sistema seja juridicamente orientado, se ele é incapaz de produzir resultados eficientes. Porém, preteri-lo por um sistema baseado no poder e nas relações de poder não faria nada mais do que consignar um indesejado Estado de desigualdade permanente entre os membros.

A cooperação internacional é marcada pelo embate entre duas forças contraditórias, o pragmatismo e a legalização. Portanto, somente por meio da criação de remédios jurídicos adequados, considerados os custos políticos domésticos, os Estados passam a ter incentivos para cumprir com o que antes não cumpriam. Em comércio internacional, tampouco há uma

relação pura de causalidade entre legalização e liberalização. Não se deve olvidar que a OMC foi constituída como uma criatura híbrida, tanto jurídica quanto diplomática. Por isso, cumpre questionar quem serve melhor aos objetivos econômicos do sistema de comércio internacional, se o direito ou a negociação. Por um lado, a redução da capacidade dos Estados de abandonarem os compromissos pode ter o efeito positivo de afastar os comportamentos oportunistas calcados em critérios protecionistas. Por outro lado, as normas rígidas e obrigatórias podem ter efeitos negativos no incerto ambiente do comércio internacional — suscetível a choques econômicos — bem como engendrar proibitivos custos internos no caso de violações. Então, o equilíbrio depende de um adequado ajuste dos efeitos da legalização das políticas comerciais internacionais. Entretanto, se a flexibilidade de um acordo, mediante o uso de cláusulas de escape, aumenta a sua eficácia até certo ponto, e a diminui após esse ponto, quando o equilíbrio desejado não puder ser alcançado, deve ser considerada a imposição de algum tipo de indenização aos eventuais prejudicados.

Em geral, a não-conformidade dos membros da OMC materializa-se das seguintes maneiras: (i) descumprimento prévio; (ii) descumprimento temporário; (iii) morosidade; e (iv) descumprimento aberto e disfarçado. Particularmente, a importância do poder político e econômico emoldura o contexto no qual se pode compreender os principais fatores que influenciam a conformidade às normas e decisões da OMC por parte dos países desenvolvidos, em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, a ponto de se repensar a própria viabilidade do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC) como um mecanismo idôneo para a resolução de disputas comerciais internacionais, supedâneo de um sistema baseado no direito ao invés de um sistema baseado no poder. Por um lado, destaca-se a dificuldade do OSC de induzir o cumprimento das normas da OMC, bem como de suas decisões, aos países desenvolvidos diante de: (i) situações de ausência de pressão da comunidade internacional; (ii) falta de transparência; (iii) aspectos estruturais do sistema de solução de controvérsias; (iv) receio de perda de soberania. Por outro lado, em relação aos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, as decisões do painel e do órgão de apelação da OMC são incapazes de minimizar a desconformidade frente: (i) o descumprimento pelos países desenvolvidos; (ii) a força política e econômica dos países desenvolvidos sobre o processo de solução de controvérsias; (iii) os aspectos técnicos do sistema de solução de controvérsias; (iv) a falta de capacidade técnica e de recursos financeiros dos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo; (v) a

impossibilidade dos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo de utilizarem o mecanismo da retaliação.

Embora, muitas vezes, a ameaça de utilização da retaliação ou o seu efetivo uso sejam insuficientes para induzir um cumprimento completo, na maioria dos casos, entretanto, a maioria dos membros — tanto os maiores como os menores — implementa a maior parte dos relatórios do painel e do órgão de apelação, principalmente, a fim de se assegurar a legitimidade de um sistema baseado em normas. Isso faz com que, não sem divergência doutrinária, a taxa de cumprimento no âmbito da OMC seja muito boa. Contudo, os mecanismos de indução ao cumprimento não devem se limitar à produção de resultados quantitativos. Mesmo se considerado adequado em termos quantitativos, o sistema jurídico da OMC apresenta falhas qualitativas pertinentes à implementação de suas normas e decisões. Visto mais de perto, se considerados os números dos casos de cumprimento não integral somados aos casos de morosidade persistente até o pleno cumprimento, isto é, a qualidade e o tempo de cumprimento, respectivamente, chega-se a um índice de descumprimento muito superior ao do antigo GATT, o que recomenda reformas na OMC, desde que não sejam meramente legalistas e atendam aos interesses peculiares dos seus membros.

É preocupante que a comunidade internacional comece a ver a organização como uma ferramenta incapaz de resolver equitativamente as disputas comerciais internacionais. O OSC tem revelado estar aquém dos elevados objetivos para os quais foi criado. Diante disso, aventam-se algumas propostas para se aperfeiçoar esse complexo sistema de solução de controvérsias: (i) contramedidas comerciais coletivas; (ii) substituição do expediente da suspensão de concessões pelo da aplicação de multas; (iii) retroatividade das decisões; (iv) mecanismo de ajuste do nível de sanções, ao longo do tempo; (v) arbitragem; (vi) impedimento dos Estados que não cumpriram integralmente as decisões anteriores de apresentarem novos caso; (vii) participação de terceiras partes no processo de disputa; (viii) compensação. De maneira específica aos países em desenvolvimento, destacam-se, por exemplo: (i) estabelecimento de um corpo de voluntários jurídicos internacionais responsáveis pela formação de pessoal; (ii) formação de funcionários de comércio internacional em vinte países por ano, por iniciativa da OMC; (iii) oferecimento de sessões interativas na OMC; (iv) disponibilização de vagas em cursos profissionalizantes nas universidades dos países desenvolvidos como parte dos pacotes de ajuda externa; (v) estabelecimento pela secretaria da OMC de centros regionais de suporte contínuo aos países em desenvolvimento. Caso não haja modificação no sistema atual, os membros da OMC permanecerão em uma perniciosa “zona

de conforto”, posto que o sistema não incentiva o cumprimento de suas normas, mesmo depois de uma decisão do OSC ou até o fim do “período de tempo razoável”, tampouco determina uma devida compensação pelas perdas ocasionadas.

Contudo, qualquer iniciativa intelectual sem uma teoria é estéril e infrutífera, pois não é possível testar hipóteses, estabelecer relações causais, entender evidências empíricas, antever fenômenos, chegar a resultados distintos de meras suposições aleatórias e, finalmente, pavimentar caminhos para novas pesquisas. Por exemplo, no campo da ciência econômica, a compreensão epistemológica da ciência do direito ocorre a partir de teorias e modelos econômicos empiricamente refutáveis, distantes, pois, do senso comum — tributário de análises abstratas, afirmações intuitivas e juízos de valor —, tendo em vista os efeitos sociais das normas, de acordo com o exame consequencialista das políticas públicas.

Assim, a compreensão do significado do cumprimento do direito internacional depende do paradigma teórico a que o estudioso está vinculado. As diferentes teorias das relações internacionais apresentam distintos conceitos de “conformidade jurídica” e, não obstante a importância dos trabalhos empíricos, é impossível entender esse fenômeno fora de cada um desses modelos.

Inexiste um pensamento teórico único das relações internacionais, ao contrário, há um grande número de paradigmas, o que torna possível identificar semelhanças entre teorias diferentes e dessemelhanças entre as correntes e as vertentes de uma mesma teoria. Desse modo, as classificações não são certas ou erradas, senão, úteis ou inúteis para o objeto que se pretende demonstrar. Para os propósitos deste trabalho, ou seja, compreender a relação entre o direito internacional e os comportamentos estatais, foi feito um recorte epistemológico das teorias das relações internacionais a partir da premissa da racionalidade: o realismo, o institucionalismo e o liberalismo, de um lado, e o construtivismo, de outro.

O realismo, o mais antigo dos paradigmas, sempre duvidou da capacidade do direito internacional de regular as relações internacionais. Para os realistas há uma relação dialética entre cooperação e conflito, o que torna simplesmente ilusório um direito sem mecanismos coercitivos e leva os estudos dos acadêmicos dessa teoria a abdicarem de aspirações normativas em prol da descrição positiva da realidade. Por meio de atores estatais e fatores materiais, preponderantemente, o realismo conclui que as relações de poder determinam as relações internacionais. Consequentemente, não há que se falar em uma força causal normativa e independente sobre o comportamento internacional dos Estados, senão de uma

lógica instrumental de custos e benefícios, diante da qual o direito internacional é um mero epifenômeno. Tratam-se de incentivos pelo cumprimento das normas internacionais e sanções (ou ameaça de sanções) pela sua violação. Dessa maneira, a coercibilidade dos mecanismos é diretamente proporcional à indução ao cumprimento das normas internacionais.

Entretanto, profundas mudanças da sociedade global, na segunda metade do século XX, catalisaram a cooperação internacional e, assim, acadêmicos começaram a sustentar a ideia das normas internacionais como variáveis dependentes. Desse modo, os institucionalistas concordam com os realistas sobre o pressuposto do sistema internacional de que os Estados agem racionalmente para a consecução de seus próprios interesses materiais, todavia, discordam em relação à extensão e à natureza dos problemas, ao destacar a importância das instituições para a coordenação de interesses que transcendem a segurança internacional — como as questões comerciais e ambientais —, por meio de mecanismos que ultrapassam a coerção — a exemplo da reputação e da reciprocidade.

Assim, as instituições contribuem para um quadro de maior previsibilidade das relações internacionais ao aumentarem a disponibilidade de informações e reduzirem os custos transacionais das negociações, mediante canais de influência e estratégias de governança, garantindo o cumprimento das normas internacionais. Para o institucionalismo, o direito internacional é relevante, porquanto capaz de fazer os Estados agirem de maneira diferente da que agiriam na sua ausência, destarte, é um dos fatores que influenciam os comportamentos estatais, particularmente no campo da “baixa política”. Porém, é apenas um deles. As instituições não moldam as preferências, somente auxiliam na sua concretização. Consoante uma lógica consequencialista e a partir de interesses previamente determinados, os incentivos, positivos e negativos, são capazes de mudar o comportamento dos Estados e o cumprimento das normas internacionais faz sentido quando as benesses excedem os prejuízos.

Nesse diapasão, os institucionalistas consideram os Estados entes unitários, que agem racionalmente de acordo com as suas preferências, contudo, não se preocupam em determinar como as identificam ou quais são, esforço que coube aos liberais, a partir das preferências de atores políticos — instituições, práticas sociais e grupos de interesse — nacionais e transnacionais, que, a seu turno, também são modificadas por essas novas preferências estatais, consoante um entrelaçamento de interesses mútuos e recíprocos representados e expressos mediante atos administrativos, normativos e judiciais de Estados liberais.

Por sua vez, ao afirmar que repetidas interações entre os atores internacionais (Estados, organizações internacionais e organizações não governamentais) constituem as suas preferências, o construtivismo afasta-se da ótica ontológica racionalista de interesses estatais objetiva e previamente determinados, e dissocia “poder” de “direito”. O discurso normativo construtivista considera que, a partir da construção endógena de significados intersubjetivos (entendimentos mútuos, crenças comuns e normas compartilhadas), as regras, os procedimentos e as práticas das instituições internacionais são capazes de mudar a identidade dos Estados e, portanto, transformar os seus interesses, moldar as suas práticas e fundamentar a formulação de suas políticas, outrossim, de estruturar o sistema internacional. Destarte, a perspectiva construtivista realça os significados subjetivos de padrões normativos internacionais de conduta apropriada, em detrimento da sua mera imposição, consoante uma relação mutuamente constitutiva entre atores e normas internacionais, percebidas como ferramentas relevantes e calcadas no senso de legitimidade, na capacidade de persuasão e na convicção estatal, conforme uma “lógica de adequação”.

Então, por que, por vezes, o sistema jurídico internacional apresenta-se como insuficiente para lidar com os problemas internacionais? É impossível vislumbrar relevante à cooperação um sistema jurídico incapaz de determinar a conduta dos sujeitos. Por isso, os mecanismos de indução ao cumprimento das normas e das decisões internacionais, questão central a um direito particularmente desprovido de órgãos dotados de coerção, suscitam a atenção dos estudiosos do direito internacional.

Apesar de se tratar de uma profícua agenda de pesquisa, há uma lacuna interdisciplinar e empírica na literatura jurídico-política sobre o estudo da efetividade da retaliação como mecanismo de indução ao cumprimento do direito da OMC. De um total de nove litígios em que as medidas retaliatórias foram autorizadas (1995 - 2016), em cinco deles essas medidas não foram aplicadas pelos Estados² e em apenas quatro contenciosos foram efetivamente utilizadas,³ conforme mostra o quadro abaixo:

² OSC/OMC. Brasil – Programa de financiamento das exportações para aeronaves (WT/DS 46); OSC/OMC. Canadá – Créditos à exportação e garantias de empréstimos para as aeronaves regionais (WT/DS 222); OSC/OMC. Estados Unidos – Subvenções ao algodão americano (*upland*) (WT/DS 267); OSC/OMC. Estados Unidos – Medidas que afetam o fornecimento transfronteiriço de serviços de jogos de azar e apostas (WT/DS 285); OSC/OMC. Estados Unidos – Certas exigências relativas à rotulagem do país de origem (EPO) (WT/DS 384 e 386).

³ OSC/OMC. Comunidades Europeias – Medidas sobre carnes e produtos de carne (hormônios) (WT/DS 26 e 48); OSC/OMC. Comunidades Europeias – Regime sobre a importação, venda e distribuição de bananas (WT/DS 27); OSC/OMC. Estados Unidos – Tratamento tributário de “venda de corporações estrangeiras”

CONTENCIOSOS	RETALIAÇÃO CONCEDIDA	VALOR (EM US\$)	RETALIAÇÃO APLICADA
Comunidades Europeias – Medidas sobre carnes e produtos de carne (hormônios) (WT/DS 26 e 48)	EUA: 19/04/1999 Canadá: 26/07/1999	EUA: 116.8 mi Canadá: 11.3 mi	SIM SIM
Comunidades Europeias – Regime sobre a importação, venda e distribuição de bananas (WT/DS 27)	EUA: 19/04/1999 Equador: 18/05/2000	EUA: 191.4 mi Equador: 201.6 mi	SIM NÃO
Brasil – Programa de financiamento das exportações para aeronaves (WT/DS 46)	Canadá: 12/12/2000	Canadá: 344.2 mi	NÃO
Estados Unidos – Tratamento tributário de “venda de corporações estrangeiras” (WT/DS 108)	UE: 07/05/2003	UE: 4.0 bi	SIM
Estados Unidos – Lei de compensação por continuação do dumping ou manutenção das subvenções de 2000 (WT/DS 217 e 234)	Brasil, Canadá, Coreia, Índia, Japão, México, UE: 26/11/2004 Chile: 17/12/2004	Canadá: 11.1 mi Japão: 52.1 mi México: 6.1 mi UE: 27.8 mi	NÃO SIM NÃO SIM
Canadá – Créditos à exportação e garantias de empréstimos para as aeronaves regionais (WT/DS 222)	Brasil: 18/03/2003	Brasil: 247.7 mi	NÃO
Estados Unidos – Subvenções ao algodão americano (<i>upland</i>) (WT/DS 267)	Brasil: 19/11/2009	Brasil: 147.3 mi	NÃO
Estados Unidos – Medidas que afetam o fornecimento transfronteiriço de serviços de jogos de azar e apostas (WT/DS 285)	Antígua e Barbuda: 28/01/2013	Antígua e Barbuda: 21.0 mi	NÃO
Estados Unidos – Certas exigências relativas à rotulagem do país de origem (EPO) (WT/DS 384 e 386)	Canadá: 21/12/2015 México: 21/12/2015	Canadá: 1.0 bi México: 227.7 mi	NÃO NÃO

Fonte: www.wto.org

(WT/DS 108); OSC/OMC. Estados Unidos – Lei de compensação por continuação do dumping ou manutenção das subvenções de 2000 (WT/DS 217 e 234).

A seguir, descreve-se brevemente as principais características dos casos em que as essas medidas foram autorizadas pelo OSC e aplicadas pelos Estados.

O contencioso “Hormônios”⁴ diz respeito à oposição dos Estados Unidos da América do Norte (EUA) e do Canadá à decisão da União Europeia (UE) de proibir a importação de carne com hormônios. O painel e o órgão de apelação da OMC consideraram as regulamentações de segurança alimentar europeia, sem embasamento científico dos riscos para o consumo humano, contrárias aos Acordos sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, ou seja, como barreiras não tarifárias ao comércio de produtos agrícolas. Como a UE não suspendeu a medida violadora do direito da OMC, tampouco compensou os prejudicados, dentro do “período de tempo razoável” de quinze meses, os EUA e o Canadá foram autorizados e aplicaram medidas retaliatórias no valor, respectivamente, de 116.8 e 11.3 milhões de dólares, a partir do aumento tarifário rotativo (“retaliação carrossel”) sobre diversos produtos agrícolas de vários Estados da UE — por exemplo, sobre as exportações dinamarquesas de carne de porco —, alternados a cada seis meses, a fim de produzir um maior efeito sobre a economia europeia, porém, que na prática, após um longo período de utilização, ao invés de reverterem a medida europeia violadora das normas da OMC — ou seja, produzirem o cumprimento da decisão do OSC adversa à UE —, geraram uma nova disputa em que os europeus questionaram a legalidade da suspensão das concessões, sob o argumento de que não mais estavam em desconformidade com a decisão do OSC.

O contencioso “Bananas”⁵ refere-se à regulamentação do Conselho da UE que estabeleceu um regime comum de comércio de banana com preferências tarifárias para os Estados da África, do Caribe e do Pacífico (ACP), as primeiras colônias europeias, e que gerou prejuízo para os fornecedores norte-americanos e latino-americanos, levando ao OSC os seguintes Estados: Equador, Guatemala, Honduras, México e EUA. O painel e o órgão de apelação da OMC entenderam que a medida europeia desrespeitou, entre outros relevantes dispositivos, os princípios de “não discriminação”, “nação mais favorecida” e “tratamento nacional” esculpidos, respectivamente, nos artigos XIII, I.1 e III.4 do GATT. A UE recusou-se a implementar a decisão do OSC, assim, o Equador e os EUA foram autorizados a aplicar medidas retaliatórias. As contramedidas equatorianas, autorizadas sob a forma de retaliação

⁴ OSC/OMC. Comunidades Europeias – Medidas sobre carnes e produtos de carne (hormônios) (WT/DS 26 e 48).

⁵ OSC/OMC. Comunidades Europeias – Regime sobre a importação, venda e distribuição de bananas (WT/DS 27).

cruzada (primeira oportunidade em que o OSC permitiu o uso desse mecanismo), foram avaliadas em 201.6 milhões de dólares por ano, porém, não foram utilizadas. Tampouco foi celebrado um acordo entre a UE e o Equador. Diferentemente, a suspensão das concessões norte-americanas, estimadas em 191.4 milhões de dólares por ano, foi aplicada, contudo, não pelo método “carrossel”, como havia sido anunciado pelos EUA. Após um longo período de tempo, por meio de um acordo bilateral, as medidas retaliatórias norte-americanas foram, parcial e temporariamente, suspensas em troca da retirada de algumas barreiras comerciais europeias à importação de banana. Em seguida a um acordo multilateral com os Estados latino-americanos, no contexto das negociações da Rodada Doha sobre o comércio de produtos agrícolas, a UE passou a reduzir, gradualmente, as tarifas de importação no sentido de uma “tarifa única”, contudo, mantendo, por um período de transição, os benefícios tributários aos Estados ACP, em desacordo aos termos da decisão do OSC.

No contencioso “FSC”,⁶ a UE questionou o tratamento tarifário norte-americano especial para a venda de empresas estrangeiras (nas siglas em inglês, “Foreign Sales Corporation” (FSC), sucessor do programa tributário “Domestic International Sales Corporation” (DISC), também questionado anteriormente pela UE no sistema GATT) como subsídio à exportação, portanto, contrário, principalmente, aos artigos III.4 e XVI.4 do GATT; 1.1, 3.1 “a”, 3.2 e 4.7 do Acordo sobre Subsídios; e 8 e 10.1 do Acordo sobre Agricultura. Pelo fato dos EUA não terem implementado a decisão adversa do OSC, a UE foi autorizada a impor sanções comerciais no expressivo valor de mais de 4 bilhões de dólares por ano, aplicadas inicialmente sobre 5% do valor total, aumentando mensalmente em 1%, até atingir 17% do valor total. Quantitativamente, trata-se do mais importante conflito transatlântico e o maior montante de um litígio nos domínios da OMC. Na sequência, foram sem êxito as iniciativas de negociação de um acordo entre ambos e, ainda, segundo a OMC, as mudanças legislativas norte-americanas, “Extraterritorial Income Act” (ETIA) e “Jobs Acts”,⁷ não adequaram a legislação dos EUA à decisão do OSC. Por fim, e após um considerável decurso de tempo, os EUA retiraram os subsídios à exportação de sua legislação tributária e, consequentemente, a UE levantou a suspensão de concessões a que estava autorizada.

⁶ OSC/OMC. Estados Unidos – Tratamento tributário de “venda de corporações estrangeiras” (WT/DS 108).

⁷ DISC, FSC, ETIA e Jobs Acts são programas tributários norte-americanos que produzem diferentes impactos econômicos, porém, mantêm os mesmos objetivos, sendo esta última informação a relevante para a presente pesquisa.

No contencioso “Byrd”,⁸ onze Estados-membros — Austrália, Brasil, Canada, Chile, Coreia, Índia, Indonésia, Japão, México, Tailândia e UE —, o maior grupo de coautores de uma demanda, entre todas até hoje já apresentadas na OMC, questionaram no OSC a compatibilidade de uma lei norte-americana, a “Lei de compensação pela continuação do *dumping* ou manutenção das subvenções de 2000”, mais conhecida como “Emenda Byrd”, que concedia compensações financeiras aos produtores domésticos, sob o pretexto de promover uma ação *antidumping*. Todavia, produzia o efeito contrário, ao ultrapassar os limites permitidos pelo direito da OMC, conseqüentemente, criava incentivos para as empresas dos EUA e tornava desleal a concorrência estrangeira com os produtos norte-americanos, em clara violação, principalmente, aos artigos 5.4, 18.1 e 18.4 do Acordo sobre *Antidumping*; 11.4, 32.1 e 32.5 do Acordo sobre Subsídios; e VI.2, VI.3 e XVI do GATT. À exceção de Austrália, Indonésia e Tailândia, as demais partes requerentes solicitaram a autorização para, e foram autorizadas a, retaliar os EUA, em um valor acima de 134 milhões de dólares, porém, somente Canadá, Japão, México e UE aplicaram as contramedidas, sendo que Canadá e México retiraram as sanções, logo em seguida, em virtude dos compromissos firmados no NAFTA. Por fim, em apertadas votações (51 a 50 no Senado e 216 a 214 na Câmara), o Congresso norte-americano revogou a referida lei.

Sem a pretensão de analisar detalhadamente outras relevantes e polêmicas questões materiais e processuais, a aplicação dos argumentos dos principais paradigmas das relações internacionais e do direito internacional aos casos em que as medidas retaliatórias foram autorizadas pelo OSC e utilizadas pelos Estados corrobora os elementos centrais das principais teorias das relações internacionais, por um lado, e reconstrói os recorrentes fundamentos coercitivos e não coercitivos da teoria do direito internacional, por outro.

Enfim, se a ideia é fazer uma análise interdisciplinar dos mecanismos de indução ao direito internacional, é difícil imaginar um tema melhor do que a retaliação nas disputas comerciais no âmbito da OMC, uma vez que as sanções às violações do direito da OMC são motivadas por decisões políticas e produzem impactos econômicos.

Diante do exposto, a presente pesquisa apresenta a estrutura a seguir. No primeiro capítulo, debruçamo-nos sobre a interdisciplinaridade entre as relações internacionais e o direito internacional como metodologia para o entendimento dos mecanismos de indução ao

⁸ OSC/OMC. Estados Unidos – Lei de compensação por continuação do dumping ou manutenção das subvenções de 2000 (WT/DS 217 e 234).

cumprimento do direito internacional. No segundo capítulo, analisamos os mecanismos de indução ao cumprimento do direito internacional, especificamente, o direito da OMC, com destaque para os mecanismos retaliatórios. No terceiro capítulo, finalmente, investigamos o assunto sob a ótica das teorias das relações internacionais, sobrepondo os argumentos teóricos desses paradigmas aos casos práticos em que os Estados aplicaram as medidas retaliatórias autorizadas pelo OSC.

1 A INTERDISCIPLINARIDADE COMO METODOLOGIA NO ESTUDO DOS MECANISMOS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL

Numa sociedade internacional composta por entidades soberanas e desprovida de órgãos coercitivos, deve-se buscar uma compreensão interdisciplinar do direito que pretende tutelar essas relações, conforme os métodos explanatórios e empíricos das relações internacionais.

Marcada por avanços e retrocessos, uma agenda de pesquisa acadêmica colaborativa entre os estudiosos do direito internacional e das relações internacionais propõe o estudo do cumprimento estatal das decisões dos regimes jurídicos internacionais, a partir do compartilhamento de métodos diferentes, não obstante os distintos fundamentos epistemológicos de cada disciplina.

Dessa maneira, o primeiro capítulo analisa uma metodologia interdisciplinar entre o direito internacional e as relações internacionais como ferramenta para o entendimento da questão da conformidade internacional.

1.1 A interrelação do sistema jurídico com o sistema político e econômico

Inicialmente, observa-se que as mudanças experimentadas por um sistema social alteram a forma peculiar como os outros sistemas decodificam as informações e orientam as tomadas de decisões, todavia, sem desnaturar as suas próprias essências. No âmago de cada sistema social, convivem uma variedade de racionalidades, pois há mais pontos de proximidade do que de separação entre as linguagens das diversas ciências sociais. Trata-se de um movimento complexo responsável por respostas a um só tempo de integração e de desintegração. Diante dele, o direito não deve subjugar, tampouco ser subjugado. A afirmação internacional do direito depende do cumprimento de suas normas.

A internacionalização⁹ do sistema jurídico é consequência das mudanças nas relações entre os principais atores nacionais e internacionais, uma nova configuração de relações de governança. O direito transforma-se consoante as transformações das demais ciências sociais, a política e a economia,¹⁰ por exemplo. Essas transformações nos demais sistemas sociais modificam os contornos do sistema jurídico e o incentivam a agir e processar informações de uma nova maneira, distinta das tradicionais respostas oferecidas até então. Todavia, como os sistemas sociais possuem dinâmicas, lógicas de funcionamento e evoluções distintas, não há imposição direta de mudanças entre si. O sistema jurídico metaboliza as transformações dos demais sistemas sociais¹¹ e oferece respostas conforme suas próprias demandas e de maneira a preservar a coerência da sua própria lógica. Os demais sistemas sociais vivem o mesmo processo, em um contínuo movimento de irritação mútua¹² que induz as suas transformações.¹³

⁹ “Internacionalização” é a rubrica para uma época de crescente atividade transfronteiriça (KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. *International organization and the study of world politics*. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 684. 1998).

¹⁰ De Kelsen — ao destacar, no final da Segunda Guerra Mundial, a importância da economia, conquanto não seja soberana, na definição de estruturas institucionais do sistema jurídico internacional (KELSEN, Hans. **Peace through law**. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2008, p. 16 - 18) — a Teubner, interpreta-se o sistema jurídico como meio inserto nos demais sistemas sociais e suscetível às suas dinâmicas. A título de exemplo, a análise econômica do direito assim o concebe, não obstante as equivocadas críticas de reducionismo, pois toda teoria, por definição, é a redução de uma realidade mais complexa, cujo escopo é o seu estudo (VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 408, nota 772). Os sistemas sociais são muito dinâmicos e complexos, por isso os seus efeitos causais não podem ser concebidos como estáticos e eternos. Como toda ciência social, a economia possui limites, por exemplo, indica como otimizar ou maximizar os valores e o custo de alcançá-los, jamais quais valores devem ser perseguidos (o que cabe à filosofia do direito). Todavia, o mérito de se analisar o direito internacional a partir da economia refere-se à relação geral das ciências sociais com o direito, isto é, se e onde as abordagens das ciências sociais são relevantes para a análise do direito, e à relação específica da economia com o direito, ou seja, qual paradigma das ciências sociais é mais adequado para responder as questões jurídicas (AAKEN, Anne van. *Opportunities for and limits to an economic analysis of international economic law*. **Transnational Corporations Review**, v. 3, n. 1, p. 28 e 43. 2011).

¹¹ Nenhum sistema fica indiferente aos outros, posto que suas próprias ações dependem de seu envolvimento com os demais (LUHMANN, N. **Sociología del riesgo**. Trad. Silvia Pappe Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, Javier Torres Nafarrate (Coord.). 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 127).

¹² Cada sistema exaspera o outro. Provocado, o sistema responde aos demais de acordo com sua própria lógica. Cada um deles autorreferencia-se, ou seja, utiliza decisões suas anteriores e apresenta um centro (decisório, no caso do direito, os tribunais) e uma periferia. Nesse momento, fala-se em heteropoiese. Outrossim, em cada sistema há subsistemas, que, a exemplo dos sistemas, complementam-se e irritam-se (FISCHER-LESCANO, A.; TEUBNER, G. *Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law*. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, p. 999 - 1046. 2003 - 2004). Da mesma maneira que os tribunais para o sistema jurídico e as organizações estatais para o sistema político, os bancos ocupam o centro do sistema econômico. Todas as demais operações econômicas pertencem à periferia do sistema (LUHMANN, N. **Sociología del riesgo**. Trad. Silvia Pappe Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, Javier Torres Nafarrate (Coord.). 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 237).

¹³ VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 25, 84 e 259.

Nesse sentido, há um processo de influência mútua, numa lógica de ampliação do contato entre os sistemas sociais. Política, economia e direito¹⁴ possuem discursos comunicativos próprios que não são antagônicos, ao contrário, complementam-se.¹⁵ Destarte, a sistematização externa do direito não pode ser alcançada sem os métodos explanatórios e empíricos de diferentes ciências sociais, particularmente nesse momento, em que a evolução da vida social impõe ao direito a necessidade de se adaptar às mudanças sociais e torna a doutrina, cada vez mais, nitidamente interdisciplinar e marcada pelo uso da pesquisa econômica e sociológica, o que contribui tanto para a construção de uma teoria científica do direito quanto para a crítica a uma prevalente racionalidade social.¹⁶

Em tese, o código jurídico do lícito/ilícito rejeita o código de outros discursos como governo/oposição, ter/não ter, verdadeiro/falso,¹⁷ e até mesmo, moral/imoral. Entretanto, há hoje uma pluralidade de racionalidades reivindicando universalidade dentro do sistema jurídico. Como se tornou impossível dentro dos próprios domínios do direito, busca-se a unidade perdida por meios extrajurídicos. Nesse sentido, há uma teoria política do direito, teoria econômica do direito¹⁸ e uma teoria moral do direito. A situação parece paradoxal e

¹⁴ Por exemplo, a prática jurídica e a prática econômica criam seus próprios programas destinados às suas próprias atividades, no entanto, produzem irritações mútuas, o que desencadeia uma “dinâmica co-evolucionária”. Os princípios econômicos — contrato, propriedade, competição, economia de mercado, sustentabilidade ambiental — transformam-se em e reconstróem-se por meio de princípios jurídicos fundamentais — princípios contratuais, função social da propriedade, limites à competição, direitos fundamentais em corporações, natureza vinculativa da sustentabilidade ambiental, entre outros. Os conceitos nascem separadamente — em termos econômicos, contrato é a transação, em termos jurídicos, um ato consensual obrigatório — porém, desenvolvem-se conjuntamente. Portanto, inexistem sistemas autônomos com linguagens unitárias, ao contrário, os exemplos demonstram o quanto a economia e o direito estão intimamente ligados, por isso, essa comunicação bilíngue demanda constantes esforços de tradução em ambas as direções (TEUBNER, G. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Trad. Gareth Norbury. Oxford: OUP, 2012, p. 111 - 113).

¹⁵ VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 41 - 42.

¹⁶ OST, François. **Legal system between order and disorder**. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 88 - 89.

¹⁷ A partir da perspectiva dos riscos e perigos para a sociedade, os códigos induzem determinadas decisões. A título de exemplo, o código governo/oposição pondera as repercussões de uma política pública nas eleições políticas, portanto, os riscos que realmente uma política pública considera são os ganhos eleitorais. E assim, sucessivamente, para cada código (LUHMANN, N. **Sociología del riesgo**. Trad. Silvia Pappe Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, Javier Torres Nafarrate (Coord.). 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 127, 200 e 219). Na mesma medida, o dinheiro autonomiza e institucionaliza a economia, independente de outras ordens sociais. E, ainda, de forma similar, a verdade torna a ciência autônoma e suas fronteiras são definidas por mecanismos reflexivos epistemológicos (TEUBNER, G. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Trad. Gareth Norbury. Oxford: OUP, 2012, p. 18).

¹⁸ Consoante Posner, a interação entre o direito e a economia rompe a autonomia do direito tanto em relação à sociedade, quanto em relação às outras disciplinas (SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association**, p. 9, ago. 2008), todavia, isso não significa sepultar o direito como disciplina. Conquanto seja uma tarefa árdua, é possível ultrapassar um isolamento disciplinar e estabelecer um diálogo entre a economia e o direito (VÁZQUEZ,

realmente o é, o paradoxo da *unitas multiplex*, refletido como unidade e diversidade. O caminho seria o de não declarar nenhuma das racionalidades como o fundamento último do direito e da justiça.¹⁹ A título de exemplo, ao invés de aceitar cegamente o método da universalidade da moral, a questão da identidade da ética, as relações entre meios e fins do pragmatismo, a lógica do custo-benefício da economia e o método de poder da política; o direito deve retirar, de maneira isonômica, elementos desses conceitos com os quais construirá o seu próprio edifício. Portanto, é o caso de tornar jurídicos todos esses discursos, e não o contrário, isto é, o direito deve ser capaz de traduzir linguagens específicas e não ser traduzido por elas em, por exemplo, posições de poder e custos de produção.²⁰

Nesse sentido, as relações do sistema jurídico com os demais sistemas sociais estão calcadas no valor relativo da ideia de justiça,²¹ isto é, sem conteúdo predeterminado ou imposição por parte de alguns Estados.²² Basicamente, o direito cria e altera expectativas de visões sobre justiça e legitimidade, caso contrário, transforma-se em manifestação política,²³ ao abdicar de parte da sua racionalidade e ao ultrapassar parte dos limites de sua validade.²⁴

Rodolfo. Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 5, p. 152, out. 1996).

¹⁹ Contudo, o direito não age como uma instância de coordenação superior capaz de superar as contradições entre diferentes racionalidades sociais. Já fará muito se conseguir assegurar a sua própria autonomia em face de tendências totalizantes e de dominação de um sistema sobre o outro (FISCHER-LESCANO, A.; TEUBNER, G. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, p. 1045 - 1046. 2003 - 2004).

²⁰ TEUBNER, G. Altera pars audiat: law in the collision of discourses. In: R. Rawlings (ed.) **Law, society and economy**. Oxford: Clarendon, 1997. p. 156 - 161, 164 - 167 e 170.

²¹ A análise da justiça e da equidade de determinadas estruturas internacionais, mesmo que consideradas eficientes a partir da aplicação do método econômico ao direito, não é uma tarefa dotada de objetividade (HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 280. 2015). Decisões mais eficientes são também decisões mais justas, todavia, a eficiência não pode ser igualada à justiça, senão apenas auxiliar na sua busca, consoante um exame de custos e benefícios (SALAMA, Bruno Meyerhof. De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito? **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 5 - 6, jan./jun. 2010).

²² Em sentido contrário, conquanto o sentimento de justiça varie consoante as pessoas e os períodos da história, isso não afasta, em hipótese alguma, o seu valor objetivo e absoluto, independente da vontade dos homens. Como não foram os homens que criaram as regras da justiça, eles podem apenas constatá-las. Esses princípios existem numa esfera ideal como as verdades matemáticas que, da mesma forma, são absolutamente independentes do seu conhecimento pelos homens. Portanto, devem-se distinguir claramente as regras objetivas da justiça ideal do sentimento subjetivo da justiça, simples meio para reconhecê-las (VERDROSS, Alfred. Le fondement du droit international. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 16, p. 283 - 284, 1927). Nas palavras de Dworkin: “[...] a direção de nosso pensamento aponta para a unidade, não para a fragmentação. [...] A dignidade é indivisível”. (DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 127 e 430).

²³ A existência da função judicial é política, sua atuação jamais. A aplicação do direito deve caminhar da subjetividade (base política) à objetividade (caso decidido por um tribunal). A lei serve a uma necessidade social, mas não pode ser complacente com ela (KOSKENNIEMI, Martti. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. 30 - 31). Os tribunais internacionais são mecanismos de supervisão do comportamento dos Estados, cujo papel é questionar práticas estatais ilícitas.

A seu turno, a política necessita do direito para estabilizar expectativas e perpetuar a reflexividade do poder, dessa relação surge, em sentido estrito, a “constitucionalização da política”.²⁵ Embora não seja possível obrigar o cumprimento das normas internacionais por parte dos órgãos do Estado, isso não quer dizer que esses órgãos possam atuar como se essas normas não existissem. Os conceitos e as estruturas do direito internacional não são algo que os atores internacionais possam optar entre aceitar ou não, haja vista serem a condição para uma possível existência de algo como uma esfera “internacional” capaz tanto de afirmar quanto de contestar o poder político e econômico. É ingênuo pensar um mundo sem direito, uma vez que o mundo internacionalizado também está legalizado em todas as suas estruturas.²⁶ A questão não é “se” deve ou não haver direito, mas “qual” direito e “a quem ele pertence”. Outrossim, não passa de algo meramente ideológico a suposição de que possa haver uma esfera “pura” de não-direito (política, economia, entre outras), considerando que toda esfera de produção de políticas públicas tem a influência da gramática jurídica na construção de sua linguagem.²⁷

Feitas essas considerações iniciais, é preciso investigar os mecanismos de indução ao cumprimento do direito internacional, a partir do diálogo específico entre o direito e as relações internacionais.

Se ficarem reféns da pressão política, perdem a sua legitimidade (ALTER, Karen J. Delegating to international courts: self-binding vs. other-binding delegation. **Law and Contemporary Problems**, v. 71, p. 73. 2008).

²⁴ VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 17, 162 e 362 - 363.

²⁵ TEUBNER, G. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Trad. Gareth Norbury. Oxford: OUP, 2012, p. 17.

²⁶ Não sem um certo exagero, Kelsen chega a afirmar que o Estado não é um grupo de indivíduos submissos a um poder organizado, mas uma ordem à qual os indivíduos são submissos, ou seja, as normas que regulamentam a conduta humana. Consequentemente, o povo compreende o conjunto dos indivíduos para os quais a ordem estatal é válida, isto é, aplicada. O território do Estado não é uma porção bem delimitada da superfície terrestre, mas simplesmente a extensão para a qual vale a ordem estatal (KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 14, p. 269 - 272, 1926).

²⁷ KOSKENNIEMI, Martti. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. xiii - xiv e 128.

1.2 O direito e as relações internacionais como metodologia

1.2.1 Os encontros, os desencontros e os reencontros entre as metodologias do direito internacional e das relações internacionais

A Segunda Guerra Mundial foi um verdadeiro ponto de inflexão em termos do estudo do direito internacional por parte dos acadêmicos do direito e das relações internacionais. Nas décadas que a antecederam, houve grande colaboração; nas que lhe sucederam, o distanciamento foi acentuado. E, assim, com objetivos analíticos distintos, a teoria do direito internacional afastou-se das teorias das relações internacionais.

Como sói acontecer em todas as famílias, o direito internacional e as relações internacionais são irmãos que se conhecem desde tenra idade, porém, em algum momento, desentenderam-se. O irmão mais velho é o direito internacional, enquanto o entusiasmado caçula, as relações internacionais, tem sua certidão de nascimento datada da virada do século XX. Hoje, é difícil imaginar que, até a Segunda Guerra Mundial, não havia nenhum problema entre os membros dessa família acadêmica, ou seja, os estudiosos das duas disciplinas trabalhavam em ambos departamentos, realizavam conjuntamente pesquisas e, principalmente, viam o mundo da mesma maneira, sem que isso causasse qualquer espanto. Por isso, na década de 1920 ou 1930, não seria nada crível dizer que esses irmãos estranhariam-se. Realmente, é uma pena que isso tenha ocorrido e, pior, que a briga entre eles tenha sido tão grande, embora uma pessoa próxima da família perceberia que, mais cedo ou mais tarde, isso aconteceria.²⁸

O motivo desse desentendimento foi a incapacidade da Liga das Nações diante da Segunda Guerra Mundial. Pelas lentes do empirismo e dos métodos quantitativos, as relações internacionais começaram a duvidar do direito internacional, até o dia em que ambos não mais se reconheciam. A partir daí, rapidamente, cada disciplina passou a ter uma imagem negativa da outra. Não percebiam mais o mundo da mesma forma e o afastamento tornou-se inevitável.

²⁸ BEDERMAN, David J. Constructivism, positivism, and empiricism in international law. **Georgetown Law Journal**, v. 89, n. 2, p. 469. 2001.

Assim, por um bom tempo — durante as décadas de 1960, 1970 e 1980 — os acadêmicos do direito internacional e das relações internacionais literalmente não mais conversavam, na verdade, sequer tinham o que dizer uns aos outros.²⁹

No curso dessas décadas, a teoria do direito internacional abrigou-se em escolas jurídicas, ao passo que as teorias das relações internacionais recolheu-se em departamentos de ciência política. Ainda que os dois campos acadêmicos tratem de um tema comum: a cooperação internacional, com o passar do tempo, ficaram pouco familiarizados com os escopos analíticos dos objetos de pesquisa do outro, pois, na maioria dos casos, caminharam de forma independente, isto é, passaram a trabalhar em departamentos e com alunos que não se conheciam, publicar em revistas distintas e participar de conferências diferentes, sem mesmo citar os trabalhos da outra disciplina.³⁰

De fatoundial não foi suficiente para reaproximar os estudiosos do direito internacional e das relações internacionais, pois, de alguma maneira, as condições que os afastavam persistiram durante os anos de Guerra Fria. Somente após o término desse período, reavivou-se o debate sobre a importância do direito para a determinação da política internacional.

Apenas com o ocaso da Guerra Fria, o direito internacional deixa de ser concebido como algo indigno de ser chamado de “direito”. Para alguns autores,³¹ o acentuado desenvolvimento do direito penal internacional (com destaque para o surgimento do Tribunal Penal Internacional), a tendência à intervenção humanitária associada à “responsabilidade de

²⁹ Nesse sentido: ARMSTRONG, David; FARRELL, Theo; LAMBERT, Hélène. **International law and international relation**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 02; ABBOTT, Kenneth W. International law and international relations theory: building bridges. **American Society of International Law Proceedings**, v. 86, p. 167. 1992; BEDERMAN, David J. Constructivism, positivism, and empiricism in international law. **Georgetown Law Journal**, v. 89, n. 2, p. 469 - 470. 2001.

³⁰ Nesse sentido: ABBOTT, Kenneth W. Modern international relations theory: a prospectus for international lawyers. **Yale Journal of International Law**, v. 14, n. 2, p. 337. 1989; TELMAN, Jeremy. Non-State actors in the middle east: a challenge for rationalist legal theory. **Cornell International Law Journal**, v. 46, n. 1, p. 51. 2013; KOH, Harold Hongju. The 1998 frankel lecture: bringing international law home. **Houston Law Review**, v. 35, n. 3, p. 625. 1998.

³¹ Já para outros autores, a proximidade do século XXI trouxe também incertezas sobre o futuro do sistema internacional tanto aos teóricos quanto aos práticos do direito internacional e das relações internacionais. Em virtude dos efeitos das tragédias da Somália, de Ruanda e dos Balcãs; as normas internacionais pareciam impotentes e as organizações internacionais inoperantes, levando muitos a acreditarem que o mundo continuaria sob a égide de um sistema de balança de poder (AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 107 - 108. 1998). Em síntese, uma ordem mundial pós-colonial, pós-comunista, pós-Guerra Fria, pós-bipolar; contudo, perturbada pelas intervenções da Somália, de Ruanda e dos Balcãs (BEDERMAN, David J. Constructivism, positivism, and empiricism in international law. **Georgetown Law Journal**, v. 89, n. 2, p. 470. 2001).

proteger”, a criação da OMC e seu sistema executório de solução de controvérsias (de especial interesse à presente pesquisa) e, finalmente, da considerável proliferação de tratados de investimento; ilustrariam o “fim da história”, a “paz democrática” e ação de um “*hegemon benigno*” no sentido de substituir os grandes conflitos de poder do século XX pela maximização do bem-estar numa visão humanitária da segurança coletiva.³²

Sem dúvida, as normas e as organizações internacionais são, hoje, mais eficazes do que no passado e, mesmo quando falham, os Estados buscam fortalecê-las e não abandoná-las. Portanto, ainda que de maneira menos otimista do que alguns autores, é possível constatar que o direito internacional abandonou uma posição marginal no debate das relações internacionais sobre uma panóplia de assuntos que transcendem as fronteiras dos Estados — da emissão de gases de efeito estufa ao tratamento dispensado aos suspeitos de terrorismo —, o que torna urgente dimensionar o verdadeiro tamanho do direito internacional.³³

Isso explica o maior interesse dos pesquisadores, a partir da década seguinte ao fim da Guerra Fria, em entender se as normas internacionais influenciam de maneira relevante os comportamentos estatais em termos de política internacional, ou seja, se importam de verdade, conquanto essa questão tenha, desde sempre, suscitado a curiosidade dos estudiosos do direito internacional e das relações internacionais.³⁴

Destarte, em razão da natureza nitidamente complementar de ambas as disciplinas, esforços foram empreendidos a fim de reintegrar o direito internacional e as relações internacionais, cujo objetivo último era potencializar o cumprimento das obrigações internacionais, levando os acadêmicos de ambos os lados dessas disciplinas a se moverem para o outro.³⁵

³² Nesse sentido: SPIRO, Peter J. Globalization, international law, and the academy. **New York University Journal of International Law and Politics**, v. 32, n. 2, p. 576, 2000; BLANDFORD, Andrew C. Reputational costs beyond treaty exclusion: international law violations as security threat focal points. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 10, n. 4, p. 724, 2011; DUNOFF, Jeffrey L.; RATNER, Steven R.; WIPPMAN, David. **International law: norms, actors, process: a problem-oriented approach**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2010, p. 652 - 658, 829, 861 e 955.

³³ Nesse sentido: HATHAWAY, Oona A.; LAVINBUK, Ariel N. Rationalism and revisionism in international law. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 5, p. 1404, 2006; BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 205, 1993. À época, Anne-Marie Slaughter assinava o sobrenome Burley.

³⁴ Nesse sentido: AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 108, 1998; KOH, Harold Hongju. Why do nations obey international law? **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, Paper 2101, v. 106, p. 2600, 1997.

³⁵ Nesse sentido: ABBOTT, Kenneth W. International law and international relations theory: building bridges. **American Society of International Law Proceedings**, v. 86, p. 167 e 171, 1992; MONTANA-MORA, Miguel.

Finalmente, chegou a hora de se fazer uma síntese entre a teoria do direito internacional — a doutrina em combinação com a filosofia moral e a jurisprudência — e as teorias das relações internacionais, ou seja, pensá-las como um conjunto, e aquele foi momento ideal para uma verdadeira colaboração interdisciplinar em benefício de ambas as disciplinas.³⁶

Todavia, refluxo desse movimento de aproximação entre ambas as disciplinas — marcado pela frenética construção de instituições internacionais, responsáveis pela maior influência das normas no comportamento dos Estados em suas relações internacionais —, a aurora do século XXI promoveu um novo distanciamento, porém, apesar de suas consequências ainda não poderem ser precisamente mensuradas, tudo indica que ameaçadores ventos, como os do “direito internacional hegemônico”, não foram suficientemente fortes para abalarem as estruturas fundamentais do direito internacional.

A primeira década do século XXI trouxe consigo uma hostilidade às normas internacionais, revertendo uma marca dos anos 1990, o otimismo sobre a eficácia do direito e das instituições internacionais, e levando até mesmo alguns estudiosos a levantarem preocupações sobre a ação do direito internacional em relação à soberania nacional, o que culminou com uma redução do poder das instituições internacionais na formulação de políticas públicas nacionais.³⁷

No cenário posterior a 11 de setembro de 2001 e à invasão norte-americana do Iraque, o primado dos interesses de segurança nacional, a exemplo do combate ao terrorismo e à proliferação de armas de destruição em massa, prevaleceu sobre as mais importantes normas internacionais, como a Carta das Nações Unidas e as Convenções de Genebra. Em certos círculos, ressurgiu uma *realpolitik*, desinibida e tendente a escamotear o desrespeito a

International law and international relations cheek to cheek: an international law/international relations perspective on the U.S./EC agricultural export subsidies dispute. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. 19, n. 1, p. 04. 1993.

³⁶ Nesse sentido: BEDERMAN, David J. Constructivism, positivism, and empiricism in international law. **Georgetown Law Journal**, v. 89, n. 2, p. 470. 2001; SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship. **American Journal of International Law**, v. 92, n. 3, p. 367. 1998; BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 238. 1993.

³⁷ Nesse sentido: BERMAN, Paul Schiff. Seeing beyond the limits of international law. **Texas Law Review**, v. 84, n. 5, p. 1265. 2006; HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 470, jan. 2005; TAUBMAN, Jarrett. Towards a theory of democratic compliance: security council legitimacy and effectiveness after Iraq. **New York University Journal of International Law and Politics**, v. 37, n. 1, p. 162. 2004; FRANCK, Thomas M. What happens now? The United Nations after Iraq. **American Journal of International Law**, v. 97, n. 3, p. 610. 2003.

fundamentais regimes jurídicos internacionais numa suposta imprudência da linguagem tanto do meio oficial quanto do meio acadêmico.³⁸

Nesse diapasão, o direito internacional se adaptaria à hegemonia, e não o contrário, dando origem ao que se convencionou chamar de “direito internacional hegemônico”, a exemplo da demonstração de poder dos Estados Unidos no Iraque, com profundas implicações para as relações internacionais e, potencialmente não menos graves, para o próprio direito internacional, cujos princípios formais — como a igualdade soberana dos Estados — seriam substituídos por um sistema em que um único ator, o *hegemon*, cria um “novo direito internacional”, sem saber ao certo se essas novas normas transformariam positivamente a ordem jurídica internacional existente.³⁹

Em síntese, o debate sobre o cumprimento do direito internacional é reaberto e redefinido a cada um dos principais desenvolvimentos históricos, como a Paz de Vestfália, o fim da Segunda Guerra Mundial, o início da Guerra Fria, a proliferação de instituições internacionais nos anos 1970 e 1980, o colapso da União Soviética e os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001.⁴⁰

Enfim, em virtude da perplexidade diante de tamanhos avanços e retrocessos ao longo da história, fica a pergunta: Então, pra que serve o direito internacional?

1.2.2 A relevância metodológica do direito internacional

O direito internacional verdadeiramente importa ou é como um conto de fadas ou uma poesia: apenas uma bela construção da imaginação jurídica agradável de se ouvir? Há

³⁸ Nesse sentido: HOLLIS, Duncan B. Why state consent still matters: non-state actors, treaties, and the changing sources of international law. **Berkeley Journal of International Law**, v. 23, p. 137 - 138. 2005; VAGTS, Detlev F. The United States and its treaties: observance and breach. **American Journal of International Law**, v. 95, n. 2, p. 313 e 333 - 334. 2001.

³⁹ Nesse sentido: VAGTS, Detlev F. Hegemonic international law. **American Journal of International Law**, v. 95, n. 4, p. 844 e 848. 2001; ALVAREZ, Jose E. Hegemonic international law revisited. **American Journal of International Law**, v. 97, n. 4, p. 874 e 887. 2003; HOLLIS, Duncan B. Why state consent still matters: non-state actors, treaties, and the changing sources of international law. **Berkeley Journal of International Law**, v. 23, p. 138. 2005.

⁴⁰ SCHARF, Michael P. International law in crisis: a qualitative empirical contribution to the compliance debate. **Cardozo Law Review**, v. 31, n. 1, p. 50. 2010.

tempos,⁴¹ os acadêmicos do direito internacional questionam a existência e a relevância da própria disciplina. Geralmente, a resposta a essa ontológica questão era que se trata de um direito sem obrigatoriedade e coerção, cujo nome era dado por cortesia, se tanto.⁴²

Afinal, em função da descentralização do sistema internacional, por centenas de anos, seria possível imaginar um direito sem uma legislatura, um executivo, um exército permanente e, principalmente, com apenas alguns rudimentos de um sistema de adjudicação, isto é, com poucos processos e praticamente nenhum tribunal? Respondia-se, sutilmente, que a linha que separava a política internacional do direito internacional era muito mais tênue do que a que separava a política doméstica do direito doméstico. Ou de maneira mais ousada: o direito internacional era somente uma parte da política internacional.⁴³

A capacidade do direito internacional de se inventar e de se impor era muito mais limitada do que a capacidade do direito interno de criar e corrigir normas, que refletem valores sociais e são fundamentais para a manutenção da ordem pública, e, principalmente, de aplicá-las à força, quando necessário. Portanto, o relativo sucesso do direito interno em garantir a obediência às suas normas é parte da imagem negativa que temos a respeito do cumprimento das normas internacionais. Não por acaso, rechaçamos um sistema jurídico que não consegue executar as suas próprias normas.⁴⁴

⁴¹ Durante trezentos anos, entre a Paz de Vestfália e a Segunda Guerra Mundial, havia quatro principais escolas de pensamento sobre a natureza do direito internacional. A primeira foi a vertente realista positivista de Austin, para quem o direito internacional não é realmente direito, portanto, os Estados nunca o obedeceriam. A segunda foi a vertente racionalista utilitarista de Hobbes, que considerou o respeito dos Estados ao direito internacional determinado pelos seus próprios interesses. A terceira foi a vertente liberal idealista de Kant, segundo a qual os Estados obedecem ao direito internacional por um senso de obrigação moral e ética derivado de considerações de direito natural e justiça. A quarta foi a vertente baseada no processo de Bentham, que entendeu o respeito dos Estados ao direito internacional dado pelo estímulo de outros Estados por meio de um processo legal discursivo. O debate moderno tem suas raízes nessas quatro abordagens teóricas (SCHARF, Michael P. *International law in crisis: a qualitative empirical contribution to the compliance debate*. **Cardozo Law Review**, v. 31, n. 1, p. 51 - 52. 2010).

⁴² Nesse sentido: WEERAMANTRY, C. G. **Universalising international law**. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2004, p. 34; DEMPSEY, Paul Stephen. Compliance & (and) enforcement in international law: achieving global uniformity in aviation safety. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. 30, n. 1, p. 02. 2005; ACEVES, William J. Institutional theory and international legal scholarship. **American University Journal of International Law and Policy**, v. 12, n. 2, p. 266. 1997; AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 106 - 110, 160 - 162; KAPLAN, Norton A.; KATZENBACH, Nicholas De B. **The political foundations of international law**. New York: John Wiley e Sons, 1961, p. 05.

⁴³ SETEAR, John K. Responses to breach of a treaty and rationalist international relations theory: the rules of release and remediation in the law of treaties and the law of state responsibility. **Virginia Law Review**, v. 83, n. 1, p. 04 e 641. 1997.

⁴⁴ COGAN, Jacob Katz. Noncompliance and the international rule of law. **The Yale Journal of International Law**, v. 31, p. 189 - 190. 2006.

Diretivas destinadas a regular as relações entre aqueles que as criaram e que as respeitam de acordo com a própria vontade, pois não há um juiz capaz de avaliar as condutas dos agentes, tampouco uma polícia com força para impô-las. Esse breve relato assemelha-se mais a relações de poder (política) do que a relações de equidade (direito). Assim, até pouco tempo, o direito internacional parecia tratar-se de políticas internacionais, quando muito, em processo de juridicização.

Caos se considere que a existência do direito internacional depende de um conjunto definido de normas vinculativas sobre a responsabilidade por violação das obrigações internacionais, instituições centrais e, ainda, um poder soberano dotado de mecanismos fortes de aplicação de sanções; não é possível considerar as obrigações morais da arena internacional como sendo direito internacional.⁴⁵

Diante da falta de remédios jurídicos vinculantes e compulsórios, o direito internacional seria concebido como um “ponto fora da curva do direito” e a sua identidade como “direito propriamente dito” substituída por uma mera “moralidade positivada”. Em que pesem os diferentes fatores que podem induzir os Estados ao cumprimento, o direito internacional, conquanto um fenômeno real, não deveria ser superestimado, porque não teria condições de conduzir os Estados a cumprirem um compromisso contrário aos seus interesses próprios.⁴⁶

Nessa esteira, por um bom tempo, muitos acadêmicos avaliaram o direito internacional como uma disciplina periférica e acessória, verdadeira “perfumaria jurídica”, sem grande impacto para o mundo real, e cuja marginalidade podia ser atribuída, em parte, aos próprios acadêmicos. A título ilustrativo, um estudo de 1963 demonstrava que menos da metade das universidades de direito dos EUA oferecia a disciplina, em que pese, desde então, o interesse pela área tenha crescido fortemente. Portanto, a academia era conivente com a ausência da disciplina na maior parte dos currículos das escolas de direito. Outra pesquisa, agora com base em 3.200 artigos publicados, entre 1983 e 1985, em periódicos jurídicos, mostrava que apenas cerca de um por cento deles tratavam do direito internacional, ou seja, os principais periódicos jurídicos publicavam quase nada sobre o direito internacional. Mesmo naquelas especializadas

⁴⁵ Nesse sentido: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1994, p. 231 - 232; KRATOCHWIL, Friedrich. **Rules, norms, and decisions: on the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 02.

⁴⁶ Nesse sentido: BABU, R. Rajesh. Remedies for violations of WTO law: the misplaced notion of effectiveness. **Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy**, v. 7, n. 2, p. 459. 2012; GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. **The limits of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 13 e 225.

em direito internacional, a produção da área representava menos de quarenta por cento do total de artigos publicados e, ainda assim, as produções científicas eram muitas vezes limitadas a uma exposição de normas e seus significados, sem ampla contextualização, propostas de mudança ou defesa do primado do direito internacional.⁴⁷

Isso explica porque até hoje ressoa a conhecida afirmação de Gray de que em nenhum assunto de interesse humano, exceto teologia, há tanta especulação como em direito internacional, ou seja, tratar-se-ia simplesmente de uma superstição camuflada de direito, ou, em palavras menos duras, de uma série de arranjos políticos e morais incapaz de decidir positiva ou judicialmente sobre questões importantes e amplas.⁴⁸

Não surpreende que, ao olharem para a sociedade internacional pelo prisma dos sistemas jurídicos nacionais,⁴⁹ os juristas e os cientistas sociais encontravam um direito internacional pouco desenvolvido e, dessa forma, ficavam desiludidos, na espera de um “governo mundial”⁵⁰ ou, pelo menos, de uma Organização Internacional (OI) suficientemente efetiva.⁵¹

Além disso, essa distorção decorre da posição fortemente positivista da teoria jurídica em boa parte dos séculos XIX⁵² e XX⁵³ de que a lei — vista como imposição decursiva de um

⁴⁷ Nesse sentido: GAMBLE, John King Jr.; SHIELDS, Natalie S. International legal scholarship: a perspective on teaching and publishing. *Journal of Legal Education*, v. 39, n. 1, p. 39 - 42. 1989; TRIMBLE, Philip R. International law, world order, and critical legal studies. *Stanford Law Review*, v. 42, n. 3, p. 811 e 813. 1990.

⁴⁸ Nesse sentido: GRAY, John Chipman. *The nature and sources of the law*. 2. ed. rev. e atual. Columbia: Columbia University Press, 1927, p. 127; BOLTON, John R. Is there really law in international affairs. *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 10, n. 1, p. 48. 2000.

⁴⁹ Essas “analogias domésticas” são inadequadas para se entender as relações internacionais (KRATOCHWIL, Friedrich. *Rules, norms, and decisions: on the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 02).

⁵⁰ Entendido como o futuro do direito internacional e concebido como um crescente corpo de normas e organizações internacionais preocupadas com as demandas dos cidadãos e as responsabilidades dos Estados, produzidas a partir de profundas mudanças sociais globais (TRACHTMAN, Joel P. *The future of international law: global government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 03).

⁵¹ HENKIN, Louis. *How nations behave: law and foreign policy*. 2. ed. New York: Columbia University, 1979, p. 25 - 26.

⁵² Em sentido contrário: Imagina-se frequentemente que o século XIX é a idade de ouro do positivismo jurídico internacional. Se por isso se entende um pensamento totalmente consensualista, a ideia é errada. Em primeiro lugar, a maioria daqueles autores preservava alguma ideia de lei natural que, embora usualmente denominada “secundária”, cumpriu uma importante função na ausência do direito positivo. Em segundo lugar, o positivismo e o naturalismo não são realmente tão distantes como costuma parecer quando se pensa no consentimento tácito, na coerência sistemática (intencional) ou na generalização do tratado. Além disso, o positivismo baseia-se no pressuposto liberal-naturalista do primado do indivíduo sobre a sociedade, como um verdadeiro dogma. (KOSKENNIEMI M. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. 131 - 132). Nesse diapasão, no século XIX, o positivismo foi o pensamento preponderante, no entanto, não foi o único, o que significa dizer que nem mesmo nesse período exerceu o monopólio das ideias. Duas correntes de pensamento podem ser destacadas: uma emergente, a escola histórica, e outra remanescente do período anterior, o direito natural. Isso explica os sólidos resultados alcançados pelo

poder soberano e hierarquicamente ordenada para o controle social — pode ser encontrada, definida e rotulada. A partir de uma teoria pura da *Grundnorm* ou de uma teoria da “regra de reconhecimento” socialmente aceita, a estrutura horizontal do direito internacional torna-se problemática,⁵⁴ a ponto de ser declarada inexistente ou, na melhor das hipóteses, ser desvirtuada para se encaixar nesse modelo teórico.⁵⁵

De fato, se direito é apenas aquilo que atende a restritas estruturas de pensamento positivista, resultado de uma limitada leitura daquilo que escreveram os clássicos dessa escola

direito internacional, nesse período, a partir da coordenação das vontades dos Estados. Contudo, é certo que o espírito tecnocrata do positivismo do século XIX orienta o direito internacional, ainda hoje, pelos caminhos, por exemplo, da codificação e da soberania (NEFF, Stephen C. A short history of international law. In: EVANS, Malcolm D. (coord.). **International law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 03, 17, 19 e 25 - 26). Deve-se observar que enquanto os debates anteriores do direito internacional centraram-se no conflito entre a soberania estatal e os direitos naturais, os novos se concentrarão na questão de definir quem vocalizará os interesses dos indivíduos na arena internacional (KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 732. 2001).

⁵³ Em sentido contrário: no século XX, os membros da “Escola de Viena”, liderados por Kelsen revisaram o pensamento positivista do século XIX — em especial, a centralidade do Estado, a base consensual e os elementos pluralistas — sem abdicarem de uma visão científica geral (NEFF, Stephen C. A short history of international law. In: EVANS, Malcolm D. (coord.). **International law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 23 - 24).

⁵⁴ De modo geral, a lógica de Kelsen postula tanto a validade formal das normas, quanto a de Hart, a regra de reconhecimento, o que impede legitimar juridicamente redes transnacionais, à luz do positivismo clássico, caso não se aceite a existência de uma pluralidade de normas hipotéticas fundamentais ou de regras de validação (ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. **Revista de Direito Internacional**, v. 11, n. 1, 2013, p. 118). Dessa maneira, o Estado não existe por, tampouco se fundamenta em, si mesmo, ao contrário, insere-se em uma comunidade de Estados soberanos, a comunidade internacional. Consoante Kelsen: (i) o Estado nada mais é do que uma ordem jurídica reconhecida pelas demais ordens jurídicas estatais e, assim, depende de outras ordens jurídicas para existir; (ii) não há soberania ilimitada de nenhum Estado, senão limitada a um ordenamento jurídico internacional. Portanto, o próprio conceito de soberania é esvaziado na obra de Kelsen (VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 411 - 412). Em sua vasta obra de direito internacional, Kelsen, desde o final da Primeira Guerra Mundial, vislumbra a subordinação da política (relações orientadas pela força) ao direito (relações orientadas pela lei) na vida internacional, ou seja, a eliminação da guerra e o estabelecimento de uma paz duradora nas relações entre os Estados, consequência da responsabilidade de indivíduos e Estados pela violação do direito internacional e da jurisdição compulsória do judiciário internacional. A título de exemplo, a doutrina do autor distancia-se tanto do positivismo jurídico tradicional quanto de sua própria “teoria pura” quando propugna pela igualdade soberana entre os Estados como a base para o desenvolvimento do direito internacional ao contrário de uma justificativa para a infeliz distinção entre conflitos políticos e jurídicos (KELSEN, Hans. **Peace through law**. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2008, p. 03, 23, 34, 71 e 81). Kelsen expressamente declara que se os Estados submetem um conflito à solução de um agente internacional, tenha ele ou não o caráter de um tribunal, eles estão obrigados a executar essa decisão, mesmo que não concordem com ela. Especificamente, um tribunal internacional permanente deve possuir jurisdição compulsória em todos os casos que lhe forem submetidos. Ademais, as diferenças entre disputas jurídicas e disputas políticas devem ser relativizadas, posto que, respectivamente, apenas se distinguem pela solução com base ou não, em um direito pré-existente. Por isso, não há disputa que, por sua própria natureza, esteja excluída da possibilidade de solução por decisão fundada no direito internacional. E, ainda, postula que, sob a égide do direito internacional, o não-cumprimento de uma decisão de um tribunal internacional constitui um delito internacional com todas as consequências que esse ato implica (KELSEN, Hans; TUCKER, Robert W. **Principles of international law**. 2. ed. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1967, p. 522, 524, 526 - 527, 546).

⁵⁵ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 39, n. 1, p. 21 - 23. 2000.

jurídica, será grande a dificuldade do observador em identificar sequer fragmentos de direito no direito internacional.

Tão certo quanto o aforismo “não há coação sem coator” é que o direito internacional manifestamente não os possui da maneira como se apresentam no direito doméstico. Contudo, o direito internacional desempenha outras funções, a partir de um conjunto de fatores — tais como reputação, reciprocidade, política doméstica, entre outros — facilitadores, senão da determinação, da formação da conformidade. A dificuldade está em ver o cumprimento do direito internacional pelos Estados diante dessa multiplicidade de fatores, o que não deve se traduzir como ausência ou diminuição da relevância das normas para as relações internacionais, senão estimular o aprimoramento dos estudos sobre a aplicação normativa internacional.⁵⁶

Por um lado, “direito” e “conformidade” são conceitos inter-relacionados. Há boas razões para se rechaçar um direito que, de maneira recorrente e generalizada, permite a violação e tolera a desobediência, portanto, não atende a um grau mínimo de conformidade, especialmente quando nesse direito não há uma autoridade central de execução normativa.⁵⁷ Por outro lado, mais importante do que ressaltar os (de) méritos e os limites da disciplina é entender, a partir da conciliação entre teoria e prática, como o direito internacional, para além de uma análise estrita dos mecanismos formais de execução dos compromissos jurídicos de cumprimento obrigatório, afeta os incentivos e os comportamentos dos Estados. Na verdade, nem mesmo o direito interno pode determinar os resultados, mas apenas alterar os incentivos, a fim de impactar os resultados. Independentemente do seu caráter obrigatório, um compromisso internacional materializa-se em distintos níveis de conformidade, consoante os

⁵⁶ Nesse sentido: WIENER, Antje; PUETTER, Uwe. The quality of norms is what actors make of it critical: constructivist research on norms. **Journal of International Law and International Relations**, v. 5, n. 1, p. 03 - 04. 2009; RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 540.

⁵⁷ Nesse sentido: COGAN, Jacob Katz. Noncompliance and the international rule of law. **The Yale Journal of International Law**, v. 31, p. 189. 2006; RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 538; KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 346. 1998; EHRMANN, Markus. Procedures of compliance control in international environmental treaties. **Colorado Journal of International Environmental Law and Policy**, v. 13, n. 2, p. 377. 2002.

interesses dos Estados, dessa maneira, não é adequado mensurar o direito internacional pelo cumprimento de suas normas.⁵⁸

Desse modo, imaginar que a centralidade do problema remanesce na mesma premissa epistemológica, qual seja, a de que o pressuposto do direito é o seu cumprimento — isto é, o direito e o respeito ao direito tomados como uma única coisa —, conduziria ao equívoco de se acreditar que a natureza de uma norma é dada pelo seu cumprimento, portanto, descumprida, tratar-s-ia de qualquer coisa menos uma norma. Todavia farto de normas, a sociedade internacional carece, muitas vezes, do cumprimento delas, questão-chave para o direito internacional.

Dessa forma, embora a autoridade dos sistemas normativos não deite raízes exclusivamente no cumprimento de suas normas, observa-se grande variação de padrões de conformidade entre os sistemas normativos modernos, sendo as instituições internacionais, de modo geral, marcadas por um baixo índice de cumprimento normativo, portanto, não faltam normas internacionais, tampouco se questiona a necessidade delas, senão as situações em que não são cumpridas.⁵⁹

As digressões sobre se o direito internacional é realmente direito tocam as mesmas duas questões centrais para se entender a relação entre o direito internacional e o comportamento dos Estados — a aceitação das normas internacionais depende da vontade dos Estados e não há um soberano capaz de impô-las —, conseqüentemente, ambos os debates guardam mais semelhanças do que diferenças e explicam porque o direito internacional não caminha em direção à impotência jurídica, mas a padrões comportamentais distintos do direito interno.⁶⁰

Não possuir as características tradicionalmente definidoras de um direito interno não implica a inexistência do direito internacional, ao contrário, apenas sugere diferenças entre os fatores e forças específicas que determinam cada uma dessas manifestações jurídicas, bem

⁵⁸ Nesse sentido: SPAIN, Anna. Using international dispute resolution to address the compliance question in international law. **Georgetown Journal of International Law**, v. 40, p. 864. 2009; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1878 e 1882 - 1883. 2002.

⁵⁹ Nesse sentido: MOORE, John Norton. Enhancing compliance with international law: a neglected remedy. **Virginia Journal of International Law**, v. 39, n. 4, p. 884. 1999; ANDERSON, Steven M. Reforming international institutions to improve global environmental relations, agreement, and treaty enforcement. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 18, n. 4, p. 772. 1995.

⁶⁰ HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 486 - 487 e 489, nota 56, 492 e 535, jan. 2005.

como as condições particulares que cada qual concretiza os seus objetivos. Na complexa equação que determina o comportamento dos Estados, a influência do direito internacional é, e sempre foi, mais persuasiva do que obrigatória. Por isso, a questão crucial é se o direito internacional é capaz de influenciar normativamente a conduta dos Estados e não se possui tais características.⁶¹

Desse modo, a realidade mostra que, independentemente do poder do Estado, o direito internacional desempenha um papel concreto na formação dos comportamentos estatais, uma vez que os Estados não negam a sua existência, mais do que isso, tanto o ratificam, quanto o cumprem, recorrentemente — a propósito, o descumprimento é ainda menos frequente —, não obstante a ausência de mecanismos coercitivos capazes de proibir ou punir condutas transgressoras.⁶²

Por possuírem naturezas jurídicas e fundamentos de validade profundamente diferentes, são míopes as visões daqueles que procuram estabelecer analogias entre o direito interno e o direito internacional, desconsiderando as suas idiossincrasias. Ajustado corretamente o foco, é possível constatar que, à sua maneira, o direito internacional é tão ou mais efetivo do que o direito interno.

Nesse diapasão, o “International Legal Compliance” (ILC),⁶³ campo do direito internacional, datado do início da década de 1990, edificado sobre as percepções do método e das teorias das relações internacionais e estruturado ao redor do redivivo debate a respeito das questões: se, e em caso afirmativo, por que e sob quais circunstâncias os Estados cumprem o

⁶¹ Nesse sentido: SHAFFER, Gregory; GINSBURG, Tom. The empirical turn in international legal scholarship. **American Journal of International Law**, v. 106, n. 1, p. 01. 2012; MACLEAN, Robert M. The proper function of international law in the determination of global behavior. **Canadian Yearbook of International Law**, v. 27, p. 58 - 59 e 76 - 78. 1989.

⁶² Nesse sentido: SCHARF, Michael P. International law in crisis: a qualitative empirical contribution to the compliance debate. **Cardozo Law Review**, v. 31, n. 1, p. 97. 2010; D'AMATO, Anthony. **International law: process and prospect**. 2. ed. Boston: Martinus Nijhoff, 1995, p. 24 - 25; TETLEY, William. Uniformity of international private maritime law: the pros, cons, and alternatives to international conventions: how to adopt an international convention. **Tulane Maritime Law Journal**, v. 24, n. 2, p. 819 - 820. 2000; ULRICH, Jennifer L. Confronting gender-based violence with international instruments: is a solution to the pandemic within reach. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 7, n. 2, p. 637. 2000.

⁶³ O campo organizado sobre as questões pertinentes à obediência ao direito internacional nunca foi nomeado, “ILC” é uma designação original dada por William C. Bradford, nos artigos: International legal compliance: an annotated bibliography. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. 30, p. 379, 2004; e International legal compliance: surveying the field. **Georgetown Journal of International Law**, v. 36, p. 495, 2005. Há grande dissensão doutrinária a respeito do conceito de “compliance”. Grosso modo, trata-se de um Estado de conformidade entre um comportamento do ator e uma norma específica (RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002, p. 539).

direito internacional. Calcadas em uma gama de teorias inter-relacionadas, as respostas variam entre os que entendem o direito internacional subordinado à política, epifenômeno da prática estatal, e aqueles para os quais as transformações ocorridas no final da Guerra Fria tornaram o direito internacional capaz de limitar e moldar o comportamento dos Estados. Assim, e em raro ponto de consenso entre ambos, o tema emergiu como o mais central e urgente problema dos acadêmicos do direito internacional.⁶⁴

O que importa agora é saber sob quais condições o direito internacional é formado e produz seus efeitos. Assim, os estudiosos desvenciaram-se das preocupações sobre se o direito internacional é direito, no sentido de que vincula seus sujeitos, e concentraram-se em questões causais e “pós-ontológicas”, mais apropriadas à nova “maturidade do sistema jurídico internacional”: por que os Estados obedecem e por que, às vezes, desobedecem ao direito internacional?⁶⁵

Dessa forma, durante as últimas décadas, ao longo dessa “guinada empírica”, os acadêmicos do direito e das relações internacionais passaram a discutir não “se”, porém, “por que”, “quando” e “como” o direito internacional os Estados se comprometem com e cumprem os acordos jurídicos internacionais, destarte, fruto dessa mudança do debate acadêmico para em que condições e contextos os aspectos normativos das organizações internacionais são relevantes, os estudos têm se esforçado para fornecer evidências convincentes, tanto teóricas, quanto empíricas, de que o direito internacional produz um impacto causal sobre o comportamento do Estado. Nessa medida, a carcomida pergunta sobre se os Estados sentem-se compelidos a obedecer ao direito internacional foi substituída pela indagação sobre se o direito internacional afeta o comportamento deles, de maneira a conduzi-los à cooperação internacional.⁶⁶

⁶⁴ Nesse sentido: BRADFORD, William C. International legal compliance: an annotated bibliography. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. 30, p. 379 - 380, 2004; BRADFORD, William C. International legal compliance: surveying the field. **Georgetown Journal of International Law**, v. 36, p. 495, 2005.

⁶⁵ Nesse sentido: KOH, Harold Hongju. Why do nations obey international law? **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, Paper 2101, v. 106, p. 2599 - 2600. 1997; SHAFFER, Gregory; GINSBURG, Tom. The empirical turn in international legal scholarship. **American Journal of International Law**, v. 106, n. 1, p. 01. 2012; FRANCK, Thomas M. **Fairness in international law and institutions**. 2. ed. Oxford: OUP Oxford, 1998, p. 04 - 05, 09 e 23.

⁶⁶ Nesse sentido: FRISCHMANN, Brett. A dynamic institutional theory of international law. **Buffalo Law Review**, v. 51, p. 680. 2003; CHILTON, Adam; TINGLEY, Dustin. Why the study of international law needs experiments. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 52, p. 178 - 179. 2013; HATHAWAY, Oona A.; LAVINBUK, Ariel N. Rationalism and revisionism in international law. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 5, p. 1407. 2006; STEINBERG, Richard H. In the shadow of law or power? Consensus-based bargaining and

Para muitos acadêmicos, o primado do direito internacional é hoje tão forte que a mais profunda questão epistemológica é a de como induzir o cumprimento das normas internacionais, a partir de incentivos aos Estados, em outras palavras, como afastar as condutas estatais que se desviam da autoridade das normas internacionais.⁶⁷

Entretanto, apesar das importantes contribuições acadêmicas, o pronunciamento de uma era pós-ontológica foi prematuro. O direito internacional continua sendo um instrumento que mais justifica o uso do poder pelos Estados do que o limita. A exemplo das mais diversas questões práticas e atuais, o sucesso do direito internacional em reduzir o poder na esfera internacional é repleta de dificuldades. Por isso, os acadêmicos ainda devem terminar o trabalho de demonstrar que o direito internacional é realmente direito e onde encontrá-lo.⁶⁸

Além disso, a questão é ainda mais complicada diante de obstáculos pragmáticos ou ideológicos e devido à quantidade de Estados e à diversidade de questões no âmbito da sociedade internacional. É cada vez mais duvidoso afirmar o que leva um Estado a adotar ou a abandonar determinada prática, a exemplo do que seria uma investigação empírica sobre o Estado de espírito dos políticos de quase 200 Estados e a respeito de uma ampla gama de temas.⁶⁹

Ademais, apesar dos trabalhos acadêmicos de estudiosos do direito internacional e das relações internacionais, quando não como um esforço colaborativo entre ambos, sobre a persistente e inquietante questão de se demonstrar que as instituições internacionais afetam diretamente o comportamento dos Estados, há ainda pouca evidência teórica e empírica sobre por que os Estados cumprem as obrigações jurídicas internacionais a que se comprometem e os resultados dessa decisão, o que dificulta chegar a conclusões consistentes.⁷⁰

outcomes in the GATT/WTO. **International Organization**, v. 56, n. 2, p. 339. 2002; SCHARF, Michael P. International law in crisis: a qualitative empirical contribution to the compliance debate. **Cardozo Law Review**, v. 31, n. 1, p. 97. 2010.

⁶⁷ Nesse sentido: FARER, Tom J. The prospect for international law and order in the wake of Iraq. **American Journal of International Law**, v. 97, n. 3, p. 621. 2003; COGAN, Jacob Katz. Noncompliance and the international rule of law. **The Yale Journal of International Law**, v. 31, p. 191. 2006.

⁶⁸ Nesse sentido: HOLLIS, Duncan B. Why state consent still matters: non-state actors, treaties, and the changing sources of international law. **Berkeley Journal of International Law**, v. 23, p. 137. 2005; SORNARAJAH, M. Power and justice in international law. **Singapore Journal of International & Comparative Law**, v. 1, n. 1, p. 29. 1997.

⁶⁹ RAMSEY, Michael D. The empirical dilemma of international law. **San Diego Law Review**, v. 41, n. 3, p. 1250 - 1251. 2004.

⁷⁰ SIMMONS, Beth A. Money and the law: why comply with the public international law of money? **Yale Journal of International Law**, v. 25, n. 2, p. 326 e 359 - 360. 2000.

E, ainda, nas poucas áreas em que há estudos sistemáticos baseados em dados verificados e confiáveis, os resultados advertem que o cumprimento das normas internacionais é, na melhor das hipóteses, desigual. Nessa esteira, a conformidade aos acordos internacionais é imperfeita e, muitas vezes, inadequada.⁷¹

Isto posto, o direito internacional vive mais uma era de mudanças do que uma mudança de eras. Nesse período de transição, não há trabalhos teóricos e evidências empíricas suficientes para se decretar o fim da era ontológica e o início da era pós-ontológica. Ainda são muito pronunciados tanto os recursos de poder, quanto os interesses nacionais, na determinação dos comportamentos estatais.

Em contraponto, é muito conhecida, reproduzida e celebrada a frase de Louis Henkin de que quase todos os Estados observam quase todos os princípios de direito internacional e quase todas as suas obrigações quase todo o tempo. Em situações menos complexas e apesar das tentações do cotidiano, inumeráveis princípios do direito consuetudinário e milhares de tratados são regularmente observados.⁷²

Da OMC à Corte Internacional de Justiça (CIJ), passando pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e pelo Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), não obstante o caráter profundamente controverso da maioria dos casos, o cumprimento estatal das normas e das decisões internacionais é rotineiro e abundante, contudo, silencioso, por isso, Henkin sugeriu que a regra é o cumprimento e a exceção é a violação do direito internacional, em que pesem os críticos concentrarem-se no raros casos de não conformidade, olvidando as inúmeras formas em que as normas internacionais moldam as decisões dos Estados.⁷³

⁷¹ Nesse sentido: HAAS, Peter M. Choosing to comply: theorizing from international relations and comparative politics. In: SHELTON, Dinah L. (Coord.). **Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system**. New York: Oxford University Press, 2000. p. 44; KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 346 - 347. 1998; DURUIGBO, Emeka. International relations, economics and compliance with international law: harnessing common resources to protect the environment and solve global problems. **California Western International Law Journal**, v. 31, n. 2, p. 177 - 178. 2001.

⁷² HENKIN, Louis. **How nations behave: law and foreign policy**. 2. ed. New York: Columbia University, 1979, p. 42 e 48.

⁷³ Nesse sentido: RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 541; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 6 - 7; HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 269. 2015.

Ademais, o cumprimento dos acordos internacionais, pela maioria dos Estados e na maior parte do tempo, permite a vida em paz e harmonia e o fortalecimento dos laços sociais,⁷⁴ constituindo-se em um elemento integrante da política internacional dos Estados, responsável pela consecução de seus próprios interesses, por isso, os Estados preferem uma ordem internacional (no sentido de estabilidade e segurança internacionais) ao caos e à anarquia.⁷⁵

Pode-se dizer que os Estados algumas vezes envolvem-se em políticas de poder, mas isso dificilmente descreve a integralidade dos, aproximadamente, últimos 1300 anos ou, considerando a forma moderna do direito internacional, 350 anos. E menos ainda descreveriam os dias atuais em que os grandes Estados não mais conquistam os menores e o livre comércio avança,⁷⁶ ou seja, quando o descumprimento do direito internacional parece sobremaneira mais raro.⁷⁷

Muito simples e muito óbvio, se o direito internacional não existisse, teria de ser inventado, porém, como corrobora o trabalho de várias gerações de juristas, o direito internacional já foi inventado e, em que pesem significativas divergências doutrinárias, todos esses estudiosos concordam que há e deve haver um direito internacional, inclusive, fortes evidências empíricas revelam a centralidade do império da lei nas relações entre os Estados e, portanto, a relevância do direito internacional.⁷⁸

Por outro lado, as elevadas taxas de cumprimento das normas internacionais, por si sós, não garantem que o direito internacional transforme efetivamente os comportamentos estatais, tampouco explicam as variações desses comportamentos. Interessa saber em quais condições determinam o cumprimento de compromissos, principalmente, inconvenientes, haja

⁷⁴ O direito internacional responde a políticas de ordem e estabilidade, paz, independência, justiça e bem-estar (HENKIN, Louis. **How nations behave: law and foreign policy**. 2. ed. New York: Columbia University, 1979, p. 10).

⁷⁵ MACLEAN, Robert M. The proper function of international law in the determination of global behavior. **Canadian Yearbook of International Law**, v. 27, p. 63 e 67 - 69. 1989.

⁷⁶ A interdependência entre os Estados — as ligações entre economias e sociedades nacionais — nunca foi maior (RAUSTIALA, Kal. The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law. **Virginia Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 02. 2002).

⁷⁷ Nesse sentido: O'CONNELL, Mary Ellen. Enforcement and the success of international environmental law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 3 p. 64. 1995; WENDT, Alexander. Constructing international politics. **International Security**, v. 20, n. 1, p. 76. 1995.

⁷⁸ Nesse sentido: KOSKENNIEMI, Martti. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. xiii; MOORE, John Norton. Enhancing compliance with international law: a neglected remedy. **Virginia Journal of International Law**, v. 39, n. 4, p. 883 - 884. 1999.

vista que, a maioria deles, na maior parte do tempo, foram feitos com base em cálculos de interesses, conseqüentemente, são convenientes aos Estados.⁷⁹

Metaforicamente, imagine uma sociedade em que há apenas algumas leis fracas e que já refletem os interesses das pessoas — você deve comer pelo menos uma vez a cada dia, você deve usar roupas pesadas em dias frios —, é insatisfatório constatar que elas frequentemente obedecem à lei. Em outra ilustração, afirmar que os motoristas obedecem aos limites de velocidade na maioria das estradas, na maior parte do tempo, não nos permite assegurar, de forma mais geral, que os limites de velocidade são obedecidos.⁸⁰

Não por acaso, desde publicada, pouco avançou nossa capacidade de definir a palavra “quase”, utilizada quatro vezes na conhecida frase de Louis Henkin, que torna igualmente possível afirmar a inobservância de princípios e obrigações do direito internacional pelos Estados,⁸¹ embora constituam a menor parte dos casos e na menor parte do tempo.⁸²

Todavia, o “dilema da conformidade internacional”, ou seja, a percepção do risco de que os Estados não cumpram seus compromissos, não deveria ser concebido como uma fraqueza característica do direito internacional. Se não há embasamento teórico e empírico para afirmar que o direito internacional é sempre respeitado, tampouco é possível dizer que nunca o seja. De fato, dados e técnicas mostram que, em importantes áreas e em diversos

⁷⁹ Nesse sentido: GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 26 e 29; KEOHANE, Robert O. Compliance with international commitments: politics within a framework of law. **American Society of International Law Proceedings**, v. 86, p. 176. 1992.

⁸⁰ Esses exemplos foram extraídos de: POSNER, Eric A. Do states have a moral obligation to obey international law? **Stanford Law Review**, v. 55, n. 5, p. 1914. 2003; JACOBSON, Harold K. Conceptual, methodological and substantive issues entwined in studying compliance. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 570. 1998.

⁸¹ Vários casos de contestação do direito internacional; pertinentes às intervenções militares (por exemplo, Afeganistão e Iraque), à impugnação da norma que proíbe a tortura (por exemplo, os processos de Augusto Pinochet e Donald Rumsfeld, respectivamente), bem como — talvez menos espetacular, mas ainda assim com importantes consequências — ao princípio da proteção das minorias (por exemplo, no processo do aumento de número de Estados-membros da União Europeia) e à norma da sustentabilidade ambiental; sugerem que a conhecida observação de Henkin já não é mais uma avaliação razoável do papel das normas internacionais no século XXI (WIENER, Antje; PUETTER, Uwe. The quality of norms is what actors make of it critical: constructivist research on norms. **Journal of International Law and International Relations**, v. 5, n. 1, p. 03 - 04. 2009).

⁸² Nesse sentido: SHEN, Jianming. The basis of international law: why nations observe. **Dickinson Journal of International Law**, v. 17, n. 2, p. 289. 1999; JACOBSON, Harold K. Conceptual, methodological and substantive issues entwined in studying compliance. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 570. 1998.

momentos, as instituições internacionais são relevantes e suas normas influenciam o comportamento dos Estados.⁸³

Um ponderado estudo sobre a conformidade de oito Estados — Brasil, Camarões, China, Estados Unidos, Hungria, Índia, Japão, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS)/Rússia — e a Comunidade Europeia (CE)/UE com cinco acordos internacionais — a convenção para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, de 1972; a convenção sobre o comércio internacional das espécies da fauna e da flora silvestres ameaçadas de extinção, de 1973; o *acordo internacional de madeiras tropicais*, de 1983; a convenção sobre prevenção da poluição marinha por alijamento de resíduos e outras matérias, de 1972; e o protocolo de Montreal sobre substâncias destruidoras da camada de ozônio, de 1987 — revelou que é equivocada a ideia de cumprimento de todas as normas internacionais durante o todo o tempo, tanto quanto a de cumprimento de nenhuma delas em nenhum momento. Se os Estados sequer cumprem todas as suas próprias obrigações internacionais, tampouco deixam de cumpri-las pela ausência de mecanismos coercitivos internacionais. Ademais, o estudo indicou que quanto mais tempo o acordo está em vigor, maior a tendência de cumprimento.⁸⁴

Salvo esporádicos episódios, sobremaneira noticiados, a verdadeira história do direito internacional é a do seu cumprimento. E, cada vez mais, novos acordos internacionais são celebrados e os antigos são aprofundados. A cada momento em que, por exemplo, armas nucleares não são desenvolvidas, recursos financeiros são destinados à mitigação do aquecimento global ou barreiras alfandegárias não são levantadas, por Estados capazes de fazê-los, temos a certeza de que o direito internacional existe e é respeitado, independentemente de instrumentos coercitivos, embora exceções a essas regras ainda persistam e, infelizmente, devam sempre persistir.

⁸³ Nesse sentido: FRISCHMANN, Brett. A dynamic institutional theory of international law. **Buffalo Law Review**, v. 51, p. 683 - 684. 2003; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 10 - 13.

⁸⁴ WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1557 e 1560 - 1561. 1999.

1.2.3 As perspectivas de pesquisa empírica no direito internacional

Os primeiros escritores do direito internacional não separavam, metodologicamente, a “teoria”⁸⁵ da “doutrina”, ou seja, não tratavam as questões normativas e sociológicas da ordem mundial ou da justiça internacional por meio da análise dos princípios e da norma válida. Destarte, ao diferenciar o concreto do abstrato e a descrição da prescrição, o jurista isolou-se na doutrina, porém, é preciso superar essa dicotomia, pois, por um lado, em cada solução para os problemas doutrinários há uma posição teórica e, por outro, em cada teoria há uma concepção específica de doutrina normativa.⁸⁶

Antes de serem transformadas em direito, as decisões existem como fatores (condições e valores) políticos, portanto, a teoria jurídica repousa sobre bases políticas, sem que isso colapse a sua autonomia, por um lado, e sem o que o direito não contribuiria para melhorar a sociedade, na qualidade de limite ao poder.⁸⁷

Sem autonomia, o direito é incapaz de determinar comportamentos, e sempre que os determina, assume uma dimensão política, que define o que deve e pode ser regulamentado, condição necessária para o direito não se reduzir à moral natural. Ainda mais do que no direito interno, todo “direito internacional” é tanto uma “política internacional”, quanto toda “política internacional” torna-se eficaz apenas como “direito internacional”.⁸⁸

⁸⁵ Na verdade, o termo “teoria” tem sido utilizado de muitas maneiras diferentes na literatura do direito internacional. A variedade de significados pode ser atribuída, fundamentalmente, a diferentes percepções da natureza do próprio direito internacional (JOHNSTON, Douglas M. Functionalism in the theory of international law. **Canadian Yearbook of International Law**, v. 26, p. 03. 1988).

⁸⁶ KOSKENNIEMI, M. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. 01 - 04.

⁸⁷ Nesse sentido: SCOBIE, Iain. Wicked heresies or legitimate perspectives? Theory and international law. In: EVANS, Malcolm D. (coord.). **International law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 69; DEUTSCH, Karl W.; HOFFMANN, Stanley. **The relevance of international law**. New York: Anchor Books, 1971, p. 01 - 02.

⁸⁸ Nesse sentido: KOSKENNIEMI, M. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. xiv e 19; SCOBIE, Iain. Wicked heresies or legitimate perspectives? Theory and international law. In: EVANS, Malcolm D. (coord.). **International law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 60; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law and international relations. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 285, p. 21, 2000.

Antes de uma oposição, há entre o direito internacional e a política internacional uma relação dialética. Sem que sejam uma coisa só, um está tão presente no outro que é impossível afirmar a inexistência dessa relação.⁸⁹

De toda sorte, o direito internacional convive com um verdadeiro dilema entre a exigência de concretude relativa ao comportamento dos Estados e a necessária normatividade para opor-se a essas condutas. Consequentemente, os argumentos sobre o cumprimento das obrigações internacionais podem ser classificados em ascendentes e descendentes, ou seja, estes se baseiam no pressuposto de que um código normativo prevalece sobre o comportamento do Estado e determina suas obrigações; enquanto aqueles se fundam na ideia de que o comportamento do Estado indica a direção em que o direito internacional deve caminhar. Do ponto de vista ascendente, um direito internacional absolutamente normativo distancia-se tanto da prática dos Estados a ponto das suas normas perderem uma necessária objetividade e limitarem-se a uma utopia, portanto, o modelo descendente pressupõe a existência de uma moralidade natural, sendo arbitrário, pois incapaz de demonstrar o conteúdo de suas normas. Da perspectiva descendente, um direito internacional muito concreto perde a sua natureza normativa e reduz-se a uma apologia descritiva, assim, o modelo ascendente privilegia o Estado em detrimento de normas objetivamente vinculativas, permitindo ao Estado, em cada situação, escolher o direito que melhor lhe aprouver. Curiosamente, ambos se acusam de subjetivismo. Todavia, o caráter objetivo do direito internacional, isto é, a sua própria relevância, depende da inclusão de uma visão na outra, sem torná-las uma única coisa, tampouco mutuamente excluí-las.⁹⁰

Herdeiras de um pseudo embate entre política e direito, não há que se falar em uma dicotomia entre a teoria e a doutrina do direito internacional. Na verdade, é impossível conceber a política e o direito de maneira dissociada, tampouco é correto imaginar que sejam a mesma coisa. A relação dialética substituída pelo equivocado conflito produziu dois métodos diferentes e a distinção metodológica apenas dificulta o entendimento do direito internacional, refém, ora de comportamentos cínicos, ora de postulados indemonstráveis.

Metodologicamente, há uma barreira entre o direito e a política prejudicial ao estudo do cumprimento das normas internacionais. nal buscam determinar quais normas possuem o

⁸⁹ STERN, Brigitte. How to regulate globalization? In: BYERS, Michael. (Coord.). **The role of law in international politics**. New York: Oxford University Press, 2000, p. 252.

⁹⁰ KOSKENNIEMI, M. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. 58 - 60, 64 - 65, 171 e 219.

status de direito, enquanto os acadêmicos das relações internacionais almejam compreender o comportamento dos Estados, sem um “método jurídico”, propriamente dito, portanto, incapaz de responder as questões da doutrina do direito. Nessa esteira, embora lidem com o mesmo assunto, a abordagem jurídica é essencialmente prescritiva,⁹¹ ou seja, preocupada com as coisas “devem ser”, ao passo que a análise política é descritiva, isto é, dedicada a entender como as coisas “são” de fato, e raramente esses acadêmicos se esforçam para usar as teorias e as metodologias do outro.⁹²

De fato, os estudiosos dos dois campos foram separados por suas metodologias em duas “ótics” diferentes sobre fenômenos semelhantes, a ótica instrumentalista das relações internacionais, comprometida com um programa de pesquisa empírico sobre o comportamento real dos Estados, e a ótica normativa do direito internacional, dedicada a demonstrar a existência de normas que influenciam os comportamentos estatais no plano internacional.⁹³

Assim, os acadêmicos do direito internacional, sob o risco de minarem as bases da própria disciplina, precisam de uma teoria do comprometimento, que explique por que, quando e em que casos e circunstâncias os Estados cumprem as normas internacionais.⁹⁴

Não há e nunca haverá uma teoria capaz de antecipar as ações estatais específicas em circunstâncias concretas, porquanto impossível prever as condições necessárias para o cumprimento, como os Estados reagirão a elas, e ainda, se o cumprimento de uma norma —

⁹¹ Isso faz com que, diferentemente das demais ciências sociais, o instrumental analítico jurídico não consiga descrever a realidade e prever as consequências das normas e decisões, destarte, fica reduzido a um jogo de palavras que ignora ou escamoteia as escolhas reais, enfraquecendo e degenerando o escopo racional do direito (GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7 e 12, jan./jun. 2010).

⁹² Nesse sentido: IRISH, Adam; KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. Bridging the international law-international relations divide: taking stock of progress. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, n. 2, p. 362. 2013; TAUBMAN, Jarrett. Towards a theory of democratic compliance: security council legitimacy and effectiveness after Iraq. **New York University Journal of International Law and Politics**, v. 37, n. 1, p. 222. 2004; ABBOTT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 127 - 128. 2004.

⁹³ Nesse sentido: KEOHANE, Robert O. International relations and international law: two optics. **Harvard International Law Journal**, v. 38, p. 488. 1997; KRASNER, Stephen D. International law and international relations: together, apart, together? **Chicago Journal of International Law**, v. 1, n. 1, p. 98. 2000.

⁹⁴ GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1826. 2002.

desconsiderado o fenômeno de maneira mais ampla, ou seja, envolvendo instituições, processos e atores — implicará uma mudança comportamental.⁹⁵

Nesse diapasão, a epistemologia deve acompanhar a ontologia, isto é, um modelo explicativo deve ser compatível com a natureza do objeto de estudo científico. Isto posto, é preciso considerar que a validade das normas internacionais não depende do cumprimento, senão de como a comunidade internacional avalia uma conduta estatal, em outras palavras, a definição de violação é uma avaliação intersubjetiva, a partir de dinâmicas comunicativas, por exemplo, de como o comportamento de um Estado é interpretado pelos demais, quando e como são capazes de interpretar. Portanto, apenas em casos limites de descumprimento amplo e aberto, é possível um modelo explicativo sobre o cumprimento das normas internacionais.⁹⁶

Em casos marginais é difícil saber o quanto o comportamento do Estado se adapta às normas internacionais. Conquanto remanesça importante, a tarefa de buscar essa correspondência torna-se ainda mais complicada pela escassez de trabalhos empíricos — embora haja, cada vez mais, dados disponíveis, estatísticas técnicas e estudos de casos, mormente diante de estruturas de monitoramento e fiscalização — e pelos enormes obstáculos metodológicos.⁹⁷

Muitos trabalhos sobre os fenômenos jurídicos internacionais afastam-se da teoria e da derivação de hipóteses,⁹⁸ quando não as confundem com o método, de fato, o maior obstáculo de um estudo empírico em demonstrar de maneira convincente uma ligação explicativa entre as medidas tomadas pelos Estados e as considerações normativas.⁹⁹

⁹⁵ Nesse sentido: DUNOFF, Jeffrey L.; RATNER, Steven R.; WIPPMAN, David. **International law: norms, actors, process: a problem-oriented approach**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2010, p. 31; GLENNON, Michael J. How international rules die. **Georgetown Law Journal**, v. 93, n. 3, p. 988. 2005.

⁹⁶ KRATOCHWIL, Friedrich; RUGGIE, John Gerard. International organization: a state of the art on an art of the state. **International Organization**, v. 40, n. 4, p. 767 - 768, 771 e 774. 1986.

⁹⁷ KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 347 - 348. 1998.

⁹⁸ A questão sobre o que deve ser considerado como teoria é controversa. Nas ciências sociais, a resposta para a questão sobre se algo deve ou não ser qualificado como teoria, geralmente, depende do local onde se pergunta. A maioria dos europeus usa o termo teoria para qualquer coisa que organize um campo sistematicamente, estruture questões e estabeleça um conjunto rigoroso e coerente de categorias e conceitos inter-relacionados. Para a maioria dos norte-americanos, entretanto, uma teoria, em regra, depende do que ela é capaz de explicar e do que seu conteúdo é capaz de gerar — hipóteses testáveis de natureza causal (BUZAN, Barry. **From international to world society?: english school theory and the social structure of globalization**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 24).

⁹⁹ Nesse sentido: IRISH, Adam; KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. Bridging the international law-international relations divide: taking stock of progress. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, n.

Recentemente, em 2013, com o objetivo de acompanhar a intersecção das duas disciplinas e descrever a extensão e o tipo de sua interação, um trabalho com fulcro em revistas de destaque — duas de direito internacional, cinco de relações internacionais e uma interdisciplinar — no período entre 1990 e 2010, examinou a polinização cruzada de ideias e abordagens entre ambas as disciplinas, especificamente, se os métodos das ciências sociais foram utilizados pelos acadêmicos de direito internacional, bem como se os estudiosos das relações internacionais consideraram o direito internacional em suas pesquisas. Em um universo de mais de dois mil artigos publicados, foram identificados oitenta e sete artigos acadêmicos nas revistas científicas de ciência política e cento e noventa e seis artigos acadêmicos nos periódicos jurídicos. Entre os 283 artigos produzidos no período de vinte anos, o que mais chama a atenção é a raridade de pesquisas sobre questões jurídicas nas publicações de ciência política, que representaram menos de cinco por cento dos artigos acadêmicos e, ainda, desproporcionalmente concentrados em uma única revista. Ademais, se os estudos de caso são comumente realizados em ambos periódicos, o trabalho sugere que a anunciada “virada empírica” da ciência jurídica pode ter sido exagerada, uma vez que a análise estatística de dados empíricos ainda não é amplamente aceita nos círculos jurídicos. A maior parte da pesquisa empírica em matéria de direito foi realizada em revistas de ciência política, por estudiosos de relações internacionais — considerável parcela de mais de quarenta por cento dos artigos. Esse método foi encontrado em menos de três por cento dos artigos em revistas de direito. Destarte, constatou-se a falta de progressos nos últimos vinte anos, traduzida nos decepcionantes resultados auferidos, insuficientes para colmatar o fosso entre os dois campos.¹⁰⁰

Dessa maneira, ainda que seja relevante e envolva um número crescente de acadêmicos do direito internacional e das relações internacionais, o campo de pesquisa sobre o cumprimento das normas e decisões internacionais é marcado por poucos trabalhos empíricos e estudos comparativos, ainda insuficientes para refinar as hipóteses teóricas e determinar as condições de validade de conceitos fundamentais.¹⁰¹

2, p. 362. 2013; SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 89. 1998.

¹⁰⁰ IRISH, Adam; KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. Bridging the international law-international relations divide: taking stock of progress. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, n. 2, p. 360, 369, 374, 377 - 378 e 386. 2013.

¹⁰¹ RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 548 e 552.

De fato, houve poucos esforços empíricos no estudo do direito internacional — um experimento de campo, dois experimentos de laboratório e oito experimentos de pesquisa — e as mais relevantes teorias sobre a relação entre as normas internacionais e o comportamento dos Estados foram produzidas pela academia de relações internacionais, em boa parte cética sobre o impacto do direito internacional em suas análises causais.¹⁰²

Destarte, o fenômeno jurídico internacional é compreendido a partir de concepções teóricas e abordagens metodológicas, por isso, considerável parcela dos estudos sobre o cumprimento do direito internacional é instrumentalista e reflete as assimetrias do sistema jurídico internacional.¹⁰³

Entretanto, apesar de ainda estar em fase inicial, são crescentes os trabalhos empíricos, que procuram entender como direito internacional funciona em diferentes contextos, realizados por estudiosos de várias disciplinas, revelando o aumento da importância e da visibilidade dos regimes e tribunais internacionais.¹⁰⁴

Dessa maneira, os acadêmicos do ILC devem submeter as teorias do direito internacional à análise empírica por meio de ferramentas metodológicas das ciências sociais, a fim de desenvolverem proposições gerais testáveis e verificáveis. A título ilustrativo, dentre as vantagens tributáveis da metodologia juseconômica para o entendimento dos fenômenos jurídicos figura a refutação empírica (falsificação). Assim, a conformidade entre as normas internacionais e os comportamentos estatais deve ser examinada a partir da seleção, validação e aplicação de dados; das análises comparativas criteriosas de casos detalhados, e finalmente, da interpretação dos resultados da pesquisa. Somente assim é possível chegar aos conhecimentos almejados não como proposições valorativas, intuitivas e abstratas entre meios e fins, baseadas somente no senso comum, senão como afirmações calcadas em teorias e modelos empiricamente sólidos e passíveis de comprovação.¹⁰⁵

¹⁰² Nesse sentido: CHILTON, Adam; TINGLEY, Dustin. Why the study of international law needs experiments. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 52, p. 179 - 182. 2013; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1826 - 1827. 2002.

¹⁰³ SCOBIE, Iain. Wicked heresies or legitimate perspectives? Theory and international law. In: EVANS, Malcolm D. (coord.). **International law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 61 - 62.

¹⁰⁴ Nesse sentido: GINSBURG, Tom; SHAFFER, Gregory. How does international law work? what empirical research shows. **Minnesota Legal Studies Research**, Paper n. 09-54, p. 01 e 21. 2009; SHAFFER, Gregory; GINSBURG, Tom. The empirical turn in international legal scholarship. **American Journal of International Law**, v. 106, n. 1, p. 01. 2012.

¹⁰⁵ Nesse sentido: BRADFORD, William C. International legal compliance: an annotated bibliography. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. 30, p. 380 - 381. 2004;

Na verdade, as diferenças são menores quanto à natureza dos problemas do que quanto aos métodos descritivos de análise das ciências sociais, que devem ser aplicados ao conteúdo prescritivo das normas internacionais.¹⁰⁶

O século XX é marcado pela influência das normas e das instituições internacionais nas relações internacionais, compreendidas por meio de métodos¹⁰⁷ aplicados a casos práticos, portanto, preocupados com a análise de questões contemporâneas concretas e distintos das abstratas teorias do direito internacional.¹⁰⁸

A indivisibilidade do direito e da política é retratada pela integração acadêmica entre o direito internacional e as relações internacionais mediante uma nova metodologia capaz de entender, tanto em termos teóricos, quanto práticos, os esforços normativos internacionais para induzir os comportamentos estatais.¹⁰⁹

A um só tempo, um discurso interdisciplinar pode, em “campos de estudo” presumidamente bem-definidos, ligar questões perdidas quais sejam, as normativas do direito internacional às empíricas das relações internacionais, de maneira que ambos sejam enriquecidos.¹¹⁰

BRADFORD, William C. International legal compliance: surveying the field. **Georgetown Journal of International Law**, v. 36, p. 497. 2005; GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 15 e 29, jan./jun. 2010.

¹⁰⁶ Nesse se SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 77. 1998; KEOHANE, Robert O. Compliance with international commitments: politics within a framework of law. **American Society of International Law Proceedings**, v. 86, p. 176. 1992.

¹⁰⁷ Ratner e Slaughter enquadram o debate sobre a interdisciplinaridade entre as relações internacionais e o direito internacional ao lado de outros seis mais relevantes métodos: i) o positivismo jurídico; ii) a escola procedimental de New Haven; iii) a do Direito Internacional como processo; iv) os estudos críticos em Direito; v) a filosofia feminista; e vi) o debate sobre Direito e Economia. Mais tarde, isso passou a ser reproduzido por outros acadêmicos norte-americanos (BADIN, Michelle Ratton Sanchez; SILVA, Lucas Tasquetto da; SATO, Nathalie Suemi Tiba. As trilhas de Anne-Marie Slaughter na defesa da interdisciplinaridade entre Direito Internacional e Relações Internacionais. **Direito GV Research Paper Series**, n. 94, p. 16. 2014). A título comparativo, a partir de um entendimento mais holístico do mundo, o método juseconômico incorpora os conhecimentos de várias ciências, a fim de produzir soluções mais eficazes para os problemas sociais (GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 16 e 30, jan./jun. 2010).

¹⁰⁸ RATNER, Steven R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Appraising the methods of international law: a prospectus for readers. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 01, 03 - 04. 2004.

¹⁰⁹ Nesse sentido: SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship. **American Journal of International Law**, v. 92, n. 3, p. 372. 1998; AREND, Anthony Clark. **Legal rules and international society**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 208.

¹¹⁰ Nesse sentido: KRASNER, Stephen D. International law and international relations: together, apart, together? **Chicago Journal of International Law**, v. 1, n. 1, p. 99. 2000; KRATOCHWIL, Friedrich. **Rules, norms, and decisions: on the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 01.

Quando esses estudos em diversas áreas são reunidos,¹¹¹ um mosaico complexo emerge: estamos chegando a algum lugar, mas não sem resistência e não sem algumas críticas importantes do procedimento.¹¹²

Normativa, prescritiva e deontológica; a metodologia jurídica não habilita os acadêmicos do direito internacional a demonstrarem o impacto das normas e decisões internacionais no comportamento dos Estados. Com isso não se quer dizer que a transposição da pesquisa empírica realizada em outras ciências sociais — com destaque para as ciências políticas e econômicas — torna possível um modelo explicativo capaz de estabelecer relações diretas entre o direito internacional e as condutas estatais ou de concluir pela invalidade, ou até mesmo inexistência, do direito em virtude de seu descumprimento, mas simplesmente que oferece ferramentas para uma melhor compreensão do porquê os Estados (des)cumprem o direito internacional. Lentes epistemológicas desajustadas comprometem a visão ontológica do objeto de estudo. Contudo, sem a aplicação prática de estudos quantitativos (dados e estatísticas), a partir de hipóteses testáveis (falseáveis), pouco se avança na questão analítica do cumprimento das normas e decisões internacionais, em que pesem os óbices à construção de um projeto empírico para o direito internacional.

1.2.4 A metodologia interdisciplinar sob a perspectiva das relações internacionais e do direito internacional

Diante de uma cena internacional marcada por avanços e retrocessos no esforço de se regular juridicamente o comportamento dos Estados, é imprescindível, apesar de inevitáveis

¹¹¹ Um mapa serve de metáfora para uma teoria jurídica internacional. Utilizamos diferentes mapas por diferentes razões, pois cada um contém diferentes informações. Um atlas é útil para planejarmos uma viagem, mas não para localizarmos ruas de uma cidade. Todos os mapas suprimem algumas informações a fim de destacar outras, portanto, em certo sentido, todos os mapas são incompletos — todavia, a seleção das informações relevantes é uma escolha consciente do cartógrafo. O objetivo do mapa determina o seu conteúdo. Com as teorias jurídicas acontece o mesmo: seus autores decidem os aspectos jurídicos que querem discutir e ignoram os demais. Diferentes analistas apresentam diferentes preocupações, diferentes escopos e diferentes pressupostos — em resumo, diferentes perspectivas — de suas ideias sobre o direito internacional (SCOBIE, Iain. *Wicked heresies or legitimate perspectives? Theory and international law*. In: EVANS, Malcolm D. (coord.). **International law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 59 - 60).

¹¹² SIMMONS, Beth A. *International law and international relations: scholarship at the intersection of principles and politics*. **American Society of International Law Proceedings**, v. 95, p. 274. 2001.

obstáculos, a intensificação das reflexões conjuntas de cientistas políticos e de juristas a respeito do direito internacional.

Os estudiosos do direito internacional e das relações internacionais sabem que o direito internacional é fundamental para as relações internacionais tanto quanto as relações internacionais são essenciais para o direito internacional, entretanto, são reticentes em admitir a necessidade do outro.¹¹³

Por muito tempo, as bases da disciplina moderna das relações internacionais residiam na rejeição à importância do direito internacional, cujo impacto sobre o comportamento dos Estados era considerado nulo ou mínimo pelos teóricos das relações internacionais. A falta de cumprimento do direito internacional servia para que esses acadêmicos vissem o direito internacional como um mero “epifenômeno” — ou seja, uma maneira educada de dizê-lo irrelevante — e o deixassem, sem cerimônias, aos cuidados dos juristas.¹¹⁴

Quando não o ignorava por completo, a academia das relações internacionais era tradicionalmente cética em relação ao direito internacional, tido como suscetível ao poder dos Estados, portanto, ora epifenomenal, isto é, incapaz de alterar as preferências e as práticas estatais, ora redundante ou mesmo inútil, ou seja, capaz apenas de refletir as preferências já existentes e as práticas estatais que de qualquer forma já seriam adotadas.¹¹⁵

Dessa maneira, quando os objetivos normativos do estudo das relações internacionais não foram abandonados, foram mal compreendidos, a partir de uma abordagem estritamente “legalista”, identificada com a tradição do direito internacional positivo e responsável tanto pelo desconhecimento, quanto pela aversão, ao direito internacional por parte de muitos estudiosos da política internacional. Assumindo que a suas qualidades eram aquelas definidas

¹¹³ SWAINE, Edward T. International law is, as international theory does? **American Journal of International Law**, v. 100, n. 1, p. 248. 2006.

¹¹⁴ Nesse sentido: BECK, Robert J. International law and international relations: the prospects for interdisciplinary collaboration. **Journal of International Legal Studies**, v. 1, n. 2, p. 119 - 120. 1995; ARMSTRONG, David; FARRELL, Theo; LAMBERT, Hélène. **International law and international relation**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 02; BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. Persuasion and enforcement: explaining compliance with international law. **Finnish Yearbook of International Law**, v. 13, p. 274. 2002.

¹¹⁵ Nesse sentido: BYERS, Michael. **Custom, power and the power of rules: international relations and customary international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 216 - 221; HAWKINS, Darren; JACOBY, Wade. Partial compliance: a comparison of the european and inter-american courts of human rights. **Journal of International Law and International Relations**, v. 6, n. 1, p. 36. 2011; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1826 - 1827. 2002.

pelos positivistas, os acadêmicos de política internacional afastaram o direito internacional de suas pesquisas.¹¹⁶

De sua parte, pautados na proposta juspositivista de independência metodológica, os estudiosos do direito internacional tampouco se interessavam em estabelecer pontes de diálogo interdisciplinar, conduta paradoxalmente contrária ao próprio positivismo, distanciando o direito das demais ciências.¹¹⁷

Dessa forma, “devolviam a gentileza”, ignorando os trabalhos dos cientistas políticos sobre as circunstâncias em que as instituições e as normas internacionais eram criadas e os efeitos delas sobre os Estados, mesmo considerando tratar-se de um direito carente de um órgão central de aplicação normativa com autoridade coercitiva, ou seja, cuja eficácia dependente da política. Destaca-se a mínima influência da economia. A análise econômica,¹¹⁸ nela inserida a abordagem da escolha racional,¹¹⁹ influenciou fortemente a maioria dos campos de estudos jurídicos, contudo, apenas muito recentemente chegou ao direito internacional.¹²⁰

¹¹⁶ Nesse sentido: JACOBSON, Harold K. The global system and the realization of human dignity and justice. **International Studies Quarterly**, v. 26, n. 3, p. 319 - 320. 1982; BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 39, n. 1, p. 24. 2000; BOYLE, Francis A. **World politics and international law**. Durham: Duke University Press, 1985, p. 01 - 08 e 60; BULL, Hedley. Recapturing the just war for political theory. **World Politics**, v. 31, n. 4, p. 588. 1979.

¹¹⁷ Nesse sentido: HENKIN, Louis. **How nations behave: law and foreign policy**. 2. ed. New York: Columbia University, 1979. p. 02 - 04; GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 11 - 12, jan./jun. 2010.

¹¹⁸ A sociedade internacional guarda similitudes com o contexto mercadológico, marcado pela livre transação de seus agentes, que barganham entre si, em um ambiente sem hierarquia. Nesse peculiar, o método da Análise Econômica do Direito (AED) desvela as razões para a formação, o funcionamento e a eficiência de estruturas internacionais de cooperação, mesmo na ausência de um poder central capaz de impor o cumprimento de normas criadas pelos próprios formuladores: a estrutura de incentivos dos arranjos internacionais (HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 264 - 267, 274 e 280. 2015). Para os economistas, as pessoas reagem às sanções da mesma maneira que reagem aos preços, ou seja, assim como consumimos menos um produto caro, praticamos menos uma atividade duramente sancionada (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Berkeley Law Books, 2016, p. 3). O exame do custo-benefício é uma tentativa de condução dos assuntos estatais, a partir de princípios de mercado, como se as atividades do Estado fossem empresariais (POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 139).

¹¹⁹ Os cientistas políticos diferenciam a teoria da escolha racional, ou seja, a análise pautada na ação racional dos indivíduos no sentido da maximização de suas preferências, da teoria da escolha social, isto é, o exame dos processos de adoção coletiva de decisões, e da teoria da escolha pública, qual seja, o estudo das formas com que os Estados fornecem um bem público — entendido como o produto ou o serviço cujo consumo por uma pessoa não reduz sua disponibilidade para qualquer outra (ROEMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. 2. ed. México: ITAM, 2000, p. 55 e nota 1).

¹²⁰ Nesse sentido: ABBOTT, Kenneth W. Modern international relations theory: a prospectus for international lawyers. **Yale Journal of International Law**, v. 14, n. 2, p. 336 - 337. 1989; SETEAR, John K. An iterative

Surpreende como por tanto tempo tentou-se (e ainda se tenta) entender de maneira formal e técnica, ou seja, sem a política e a economia, um direito destinado a tutelar relações descentralizadas e horizontais entre sujeitos e desprovido de um poder central capaz de impor coercitivamente as suas normas. Nesse sentido, é absolutamente impossível conceber os mecanismos de indução ao cumprimento do direito internacional apartados das condições políticas e econômicas que os determinam.

Entretanto, é impressionante constatar a persistência dos juristas em concepções formalistas sobre a produção normativa internacional e o impacto dela na determinação do comportamento dos Estados, e a negligência em relação às grandes questões de outras áreas científicas, como ciência política, economia e psicologia, escudados, por exemplo, no desconhecimento de seus jargões técnicos, respectivamente, “variável (in)dependente”, “equilíbrio” e “intersubjetividade”.¹²¹

Enfim, o direito internacional começa a ser situado num contexto social mais amplo. Diante de pressupostos binários de conformidade e não conformidade, teorizar sobre o comprometimento do Estado com as normas internacionais deve considerar outras circunstâncias relevantes aos participantes dos regimes internacionais, a exemplo dos processos sociais determinantes das dimensões políticas, econômicas e culturais das normas internacionais. A título ilustrativo, categorias formais como “ratificação” passaram a ser reexaminadas e limitadas a um mero ponto de partida de um amplo e complexo processo de produção normativa internacional.¹²²

Especificamente, os próprios acadêmicos do direito internacional passaram a se preocupar com o cumprimento das normas internacionais, o que os obrigou a aceitar o fato de que a realidade é também relevante para a aplicação do direito e, assim, conhecer e valorizar os conhecimentos gerados pelos trabalhos dos acadêmicos das relações internacionais. Os pressupostos e as estruturas das teorias das relações internacionais, mesmo quando

perspective on treaties: a synthesis of international relations theory and international law. **Harvard International Law Journal**, v. 37, p. 139, 1996.

¹²¹ Nesse sentido: ABBOTT, Kenneth W. International law and international relations theory: building bridges. **American Society of International Law Proceedings**, v. 86, p. 167 - 168. 1992; ALKOBY, Asher. Theories of compliance with international law and challenge of cultural difference. **Journal of International Law and International Relations**, v. 4, p. 151 - 152. 2008; BOYLE, Francis A. **World politics and international law**. Durham: Duke University Press, 1985, p. 366.

¹²² Nesse sentido: ALKOBY, Asher. Theories of compliance with international law and challenge of cultural difference. **Journal of International Law and International Relations**, v. 4, p. 152 - 153. 2008; KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 347 - 348. 1998.

imprecisos, proporcionam aos acadêmicos do direito internacional uma riqueza de dados útil para entenderem melhor os assuntos internacionais que pretendem regular.¹²³

Dessa forma, desde as últimas décadas, há uma grande mudança em andamento na academia jurídica internacional, em que a visão tradicional e ortodoxa do direito internacional é questionada e submetida às ideias vindas das teorias da ciência política, da economia,¹²⁴ da sociologia e de outras tantas disciplinas — com destaque para as teorias das relações internacionais —, cada vez mais utilizadas para explicar o direito internacional. Assim, uma verdadeira “guinada interdisciplinar” produziu uma “nova academia do direito internacional”, a partir do “consenso”¹²⁵ sobre qual o melhor caminho para a cooperação internacional.¹²⁶

Todavia, vale ponderar que, mesmo diante de tão claras mudanças no cenário internacional, é sempre muito difícil falar em consenso ou ainda garantir pelo epíteto “guinada interdisciplinar” o encerramento de um ciclo de profundas transformações. Melhor seria pensar em uma “agenda interdisciplinar dupla”, com a qual há uma nova geração de acadêmicos comprometida, e conceber o atual momento, com todas as suas dificuldades e conquistas, como um processo inserido num contexto mais amplo.

¹²³ Nesse sentido: FRISCHMANN, Brett. A dynamic institutional theory of international law. **Buffalo Law Review**, v. 51, p. 685. 2003; TOOPE, Stephen. Emerging patterns of governance and international law. In: BYERS, Michael. (Coord.). **The role of law in international politics**. New York: Oxford University Press, 2000, p. 92; AAKEN, Anne van. Opportunities for and limits to an economic analysis of international economic law. **Transnational Corporations Review**, v. 3, n. 1, p. 30 - 31. 2011; TELMAN, Jeremy. Non-State actors in the middle east: a challenge for rationalist legal theory. **Cornell International Law Journal**, v. 46, n. 1, p. 52 - 53. 2013; ACEVES, William J. Institutional theory and international legal scholarship. **American University Journal of International Law and Policy**, v. 12, n. 2, p. 266. 1997; BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 239. 1993.

¹²⁴ As ferramentas do método da juseconomia possibilitam os juristas entenderem as reações às mudanças de uma estrutura de incentivos e, consequentemente, o papel do direito na construção dessa estrutura voltada à realização de metas de bem-estar social (GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 29, jan./jun. 2010).

¹²⁵ Alguns vão ainda além e postulam haver um amplo “consenso”, como jamais houve, sobre os objetivos normativos da política internacional e sobre as características de uma ordem mundial desejável. Esse consenso se estenderia para as metas relacionadas à situação dos indivíduos e incluiria um acordo sobre os elementos essenciais da dignidade humana e da justiça, na medida em que ambos são percebidos no contexto do sistema global. Dessa maneira, os Estados têm aceitado as normas incorporadas nesse consenso como objetivos legítimos de política internacional e nacional e como a definição oficial da condição adequada dos indivíduos em uma ordem mundial desejável, portanto, a questão não é saber se eles devem ou não ser concretizados, mas sim como fazê-lo de maneira mais eficaz (JACOBSON, Harold K. The global system and the realization of human dignity and justice. **International Studies Quarterly**, v. 26, n. 3, p. 316, 320 e 324. 1982).

¹²⁶ Nesse sentido: RAUSTIALA, Kal. Refining the limits of international law. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 34, p. 01. 2006; GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. The new international law scholarship. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 34, n. 2, p. 465 e 482. 2006.

Portanto, a colaboração entre as relações internacionais e o direito internacional não deve espelhar nenhum tipo de “sentimento de inferioridade” dos jusinternacionalistas, porque não minimiza a complexidade da empresa jurídica, ao contrário, a partir de ideias de uma disciplina vizinha, busca ampliar o seu papel na compreensão da sociedade internacional. A título ilustrativo, a leitura da literatura das teorias das relações internacionais não é acrítica e jamais deve interpretar, por exemplo, o realismo como uma iniciativa para a perpetuação das configurações de poder existentes ou a teoria dos jogos para a redução do direito internacional a um conjunto de obrigações contratuais.¹²⁷

Tampouco a interação entre ambas as disciplinas serve de pretexto para o exercício de qualquer tipo de “complexo de superioridade” do direito internacional, como se toda norma fosse “jurídica”, ou somente essas tivessem algum significado. Na verdade, ainda há um grande campo a ser desvendado sobre a capacidade do direito internacional influenciar na formação da conduta dos Estados.¹²⁸

Em resumo, por um lado, os jusinternacionalistas utilizam as teorias das relações internacionais — que enfatizam as práticas sociais concretas — para explicar e redefinir a estrutura e a função das normas e das instituições internacionais, em resposta à percepção do “déficit de realidade” do direito internacional e sob pena da disciplina ser considerada irrelevante. Por outro, afirmam o valor do direito internacional como igual parceiro nos estudos interdisciplinares e procuram explicar como as normas internacionais moldam os resultados políticos e as estruturas sociais.¹²⁹

Do lado das relações internacionais, desde que Grotius afirmou que os Estados valorizam uma comunidade global em que as obrigações internacionais constituídas são cumpridas, há o interesse crescente em se entender como funciona uma ordem normativa horizontal e qual a sua força em estruturar políticas em diversas áreas internacionais.¹³⁰

¹²⁷ ALKOBY, Asher. Theories of compliance with international law and challenge of cultural difference. **Journal of International Law and International Relations**, v. 4, p. 154. 2008.

¹²⁸ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 39, n. 1, p. 24. 2000.

¹²⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship. **American Journal of International Law**, v. 92, n. 3, p. 369 e 371 - 372. 1998.

¹³⁰ Nesse sentido: BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 39, n. 1, p. 21. 2000; RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**.

Mais do que isso, o cumprimento do direito internacional tornou-se, hoje, um dos temas centrais nos projetos de pesquisa acadêmica em ciências sociais que pretendem estudar os comportamentos estatais nas relações internacionais, entender o funcionamento e melhorar a eficácia das instituições internacionais, porque cada vez mais áreas da vida social são fortemente reguladas pelo direito internacional.¹³¹

Sob a rubrica de “regime internacional” — o que os juristas estudam como normas sociais, sentido social e, às vezes, costume internacional —, os cientistas políticos começam, sem prejuízo de uma perspectiva mais ampla das práticas estatais, a incorporar a teoria normativa em seus modelos explicativos do sistema internacional e a examinar a relação de causalidade entre as normas internacionais e os comportamentos dos Estados, conquanto ainda lhes seja um enigma entender por que o Estado abdica de sua autoridade única para julgar a aceitabilidade de suas políticas na esfera internacional.¹³²

Nessa esteira, uma grande contribuição das relações internacionais, nas últimas décadas, foram os dados extraídos dos novos estudos baseados em evidências empíricas sobre o papel substancial do direito e das instituições internacionais na ordenação das relações entre os Estados.¹³³

Em síntese, de acordo com uma agenda interdisciplinar dupla, os acadêmicos do direito internacional buscam nos modelos das teorias das relações internacionais, e os acadêmicos das relações internacionais nos modelos normativos, compreenderem melhor o cumprimento das normas internacionais, a partir dos comportamentos estatais observados, calcados na ideia de que “o direito fundamentado pela política é a melhor garantia das políticas fundamentadas pelo direito”.¹³⁴

Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 538; GEISINGER, Alex; STEIN, Michael Ashley. A theory of expressive international law. **Vanderbilt Law Review**, v. 60, p. 78, 2007.

¹³¹ Nesse sentido: KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 345. 1998; ALKOBY, Asher. Theories of compliance with international law and challenge of cultural difference. **Journal of International Law and International Relations**, v. 4, p. 151. 2008.

¹³² Nesse sentido: SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 76. 1998; FRISCHMANN, Brett. A dynamic institutional theory of international law. **Buffalo Law Review**, v. 51, p. 685. 2003; RAUSTIALA, Kal. Compliance and effectiveness in international regulatory cooperation. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 32, p. 389 - 390, 2000.

¹³³ HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 97. 2012.

¹³⁴ Nesse sentido: BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 239. 1993; ALKOBY, Asher. Theories of

Considerando a produção acadêmica estrangeira,¹³⁵ observa-se um aumento da colaboração interdisciplinar, a partir do ponto de vista de cada uma das disciplinas e em virtude das mudanças ocorridas na política mundial, ou seja, em função da necessidade desses acadêmicos de explicarem as dinâmicas intradisciplinares, quais sejam, as dinâmicas intelectuais internas a cada disciplina, e moldarem esses desenvolvimentos no ambiente externo. Destarte, as razões da antiga divergência, bem como da nova convergência, têm mais a ver com a internalização de eventos externos, como a Guerra Fria e seu ocaso,¹³⁶ e com a externalização de dinâmicas internas de teorias construídas e paradigmas alterados.¹³⁷

Nesse diapasão, a sinergia entre o direito internacional e as relações internacionais paira no equilíbrio dos estudos dos acadêmicos de ambas as disciplinas, o que torna mais rica

compliance with international law and challenge of cultural difference. **Journal of International Law and International Relations**, v. 4, p. 154. 2008.

¹³⁵ Em seus primeiros artigos a respeito da interdisciplinaridade entre as relações internacionais e o direito internacional, como parte de um movimento muito forte na academia norte-americana — o de profissionalização e criação de nichos acadêmicos — Slaughter procura criar um novo espaço acadêmico para si. Por consequência, recebeu forte crítica de que tal abordagem seria relevante exclusivamente nos Estados Unidos. Na verdade, sua reflexão a respeito dos instrumentos e agentes do e conceitos e formas de interação sobre o sistema global, parte do contexto estadunidense (BADIN, Michelle Ratton Sanchez; SILVA, Lucas Tasquetto da; SATO, Nathalie Suemi Tiba. As trilhas de Anne-Marie Slaughter na defesa da interdisciplinaridade entre Direito Internacional e Relações Internacionais. **Direito GV Research Paper Series**, n. 94, p. 20 e 22. 2014). Para Koskenniemi (Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the image of law in international relations. In: BYERS, M. (Org.). **The role of law in international politics: essays in international relations and international law**. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 29 - 32), não há dúvida de que o chamado acadêmico para se integrar as relações internacionais e o direito internacional é uma cruzada norte-americana, cuja lógica do argumento cria uma imagem funcionalista do direito internacional — que o deforma e o instrumentaliza como ferramenta do poder — comprometida com o liberalismo e preocupada em justificar a hegemonia norte-americana e propagar os seus valores. A título de exemplo, no Reino Unido, não se observa uma separação entre os acadêmicos das relações internacionais e do direito internacional. A “Escola Inglesa” trabalha de acordo com a tradição grociana, ou seja, considera o papel das normas na sociedade internacional (BECK, Robert. International law and international relations scholarship. In: ARMSTRONG, D. (Org.). **Handbook of International law**. New York: Routhledge, 2009. p. 14). Todavia, desde os trópicos, não há como pensar uma agenda interdisciplinar sem dialogar com a produção acadêmica estrangeira, particularmente, sem a contribuição do caminho percorrido por Slaughter. No Brasil, os dois campos de pesquisa — relações internacionais e direito internacional — ainda são muito dependentes das categorias decursivas do debate científico estrangeiro e, portanto, carecem não apenas de categorias específicas, mas de um maior número de estudos contextualizados (BADIN, Michelle Ratton Sanchez; SILVA, Lucas Tasquetto da; SATO, Nathalie Suemi Tiba. As trilhas de Anne-Marie Slaughter na defesa da interdisciplinaridade entre Direito Internacional e Relações Internacionais. **Direito GV Research Paper Series**, n. 94, p. 22. 2014).

¹³⁶ Para alguns, ao final da Guerra Fria, a proposta de uma agenda crítica unindo teóricos do direito internacional e das relações internacionais representou, outrossim, um caminho para a regulação jurídica do exercício do poder, de acordo com padrões socialmente toleráveis, a fim de se diminuir a violência da cena internacional (SOUZA, Igor Abdalla Medina de. Dom Quixote reencontra Sancho Pança: relações internacionais e direito internacional antes, durante e depois da guerra fria. **Contexto Internacional**, v. 28, n. 1, p. 157 - 158. 2006).

¹³⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship. **American Journal of International Law**, v. 92, n. 3, p. 370 - 371, 373 e 393. 1998.

e profunda — ao incorporar os fatores políticos que moldam o direito —, porém menos concisa,¹³⁸ a compreensão da “governança global”.¹³⁹

Da antiga divergência à nova convergência, a forma mais profícua de assegurar políticas internacionais pautadas pelo direito internacional é por meio de um direito internacional pautado por políticas internacionais. O nome a que isso atende é “interdisciplinaridade” e a colaboração entre ambas as disciplinas é imprescindível para a realização desse desiderato.

Caso busquem compreender a relação entre o direito internacional e as ações dos Estados a partir da abordagem de uma única disciplina e sem uma teoria coerente do cumprimento do direito internacional, os especialistas não produzirão estratégias adequadas à construção de relevantes políticas públicas internacionais capazes de melhorar a vida humana, em termos de bem-estar, liberdade, segurança e justiça.¹⁴⁰

A essência do trabalho interdisciplinar é entender a própria disciplina a partir da outra, utilizando diferentes concepções, projetando melhores instituições e questionando os seus próprios pressupostos. Por fim, se muito foi dito sobre o que os acadêmicos do direito internacional e das relações internacionais devem fazer, é importante uma última palavra sobre o que não devem fazer: ignorar o desejo de um mundo melhor e esse mundo precisa ser imaginado antes de ser construído.¹⁴¹

¹³⁸ Os estudiosos do direito internacional são muitas vezes criativos e perspicazes em conceituar o que observam, produzindo novas análises; enquanto os acadêmicos das relações internacionais preocupam-se em especificar, com precisão, as relações causais, evitando, generalizações (RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. *International law, international relations and compliance*. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 544 - 545).

¹³⁹ Nesse sentido: IRISH, Adam; KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. Bridging the international law-international relations divide: taking stock of progress. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, n. 2, p. 364. 2013; BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 238. 1993; RAUSTIALA, Kal. Compliance and effectiveness in international regulatory cooperation. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 32, p. 390, 2000; ABBOTT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 129 e 157. 2004.

¹⁴⁰ Nesse sentido: JACOBSON, Harold K. The global system and the realization of human dignity and justice. **International Studies Quarterly**, v. 26, n. 3, p. 329 - 330. 1982; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1826. 2002; ABBOTT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n.1 - 2, p. 10. 2005; KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 380. 1988.

¹⁴¹ SLAUGHTER, Anne-Marie. International law and international relations. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 285, p. 233 e 235, 2000.

A clareza dessas ideias nos faz dar um ousado passo à frente e questionar: Por que não uma metodologia conjunta? Contudo, os maiores riscos de uma parceria interdisciplinar entre o direito internacional e as relações internacionais são o subjetivismo, o reducionismo, a homogeneidade, a superficialidade e a unidirecionalidade.

1.2.5 Os dilemas e os desafios para a construção de uma metodologia conjunta

Não obstante a doutrina do direito internacional e das relações internacionais estudar fenômenos paralelos e semelhantes, a maioria das pesquisas, nas últimas duas décadas, além de comunicar-se com públicos diferentes, ainda persegue objetivos, utiliza métodos e chega a resultados distintos, portanto, há poucas evidências de avanços no intercâmbio de ideias entre ambas as disciplinas.¹⁴²

Com efeito, grande parte da academia, nas últimas décadas, procura uma síntese multicausal a partir das perspectivas de disciplinas correlatas, porém, a busca de conhecimentos interdisciplinares depara-se com o obstáculo de separar, sem ser reducionista, e avaliar, sem ser subjetivo, as diferentes variáveis e definições da disciplina do outro, com as quais, naturalmente, não se está tão habituado.¹⁴³

De uma banda, realmente muitos acadêmicos do direito internacional não estão preparados para o trabalho de integrar em estudos analíticos as abordagens descritivas das relações internacionais às abordagens normativas do direito internacional, pois não conhecem suficientemente a outra disciplina e, por isso, nem sempre a interdisciplinaridade contribui para uma melhor compreensão do direito internacional, revelando, muitas vezes e quando

¹⁴² Nesse sentido: IRISH, Adam; KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. Bridging the international law-international relations divide: taking stock of progress. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, n. 2, p. 359 - 360. 2013; MAGEN, Amichal. The shadow of enlargement: can the european neighbourhood policy achieve compliance. **Columbia Journal of European Law**, v. 12, n. 2, p. 387 - 388. 2006; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 48. 2012.

¹⁴³ Nesse sentido: RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 545; SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship. **American Journal of International Law**, v. 92, n. 3, p. 369. 1998; BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 39, n. 1, p. 21 - 22. 2000.

muito, consequências marginais. Ademais, sabem que reconhecer as determinantes sociais na conduta do Estado não os tornará cientistas políticos, senão apenas os auxiliará num entendimento mais amplo do fenômeno jurídico internacional, todavia, temerosos de que a aproximação entre ambas as disciplinas culmine na prevalência do empirismo e do ceticismo das teorias das relações internacionais sobre a teoria do direito internacional, pretendem autônomos o objeto de estudo e a metodologia do direito internacional, mesmo sob o risco de irrelevância.¹⁴⁴

Na verdade, a exemplo das raras referências à literatura do direito internacional nos trabalhos de acadêmicos das relações internacionais, e independentemente de se concentrar nas normas internacionais, na maioria das pesquisas interdisciplinares, o esforço supostamente colaborativo está longe de ser uma análise profunda e detalhada da teoria e da metodologia do direito internacional pelos acadêmicos das relações internacionais, sequer uma parceria ou uma via de mão dupla. Uma devida simetria na troca de ideias, muitas vezes, parece substituída por uma “hegemonia intelectual” por parte dos acadêmicos das relações internacionais.¹⁴⁵

De outra banda, recorrente dificuldade dos estudos interdisciplinares, a maioria da academia das relações internacionais, muitas vezes, chega a ideias equivocadas sobre o direito internacional, porquanto focada em questões pertinente ao poder e sem formação técnica em direito, ou seja, desconhece os procedimentos específicos para a criação, interpretação e aplicação dos tratados internacionais e das decisões judiciais internacionais, de fato, não consegue sequer diferenciar os costumes internacionais dos tratados internacionais (na

¹⁴⁴ Nesse sentido: KLABBERS, Jan. The relative autonomy of international law or the forgotten politics of interdisciplinarity. **Journal of International Law & International Relations**, v. 1, n. 1 – 2, p. 35 - 38. 2005; KOSKENNIEMI, M. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. 01 e 04; BEDERMAN, David J. Constructivism, positivism, and empiricism in international law. **Georgetown Law Journal**, v. 89, n. 2, p. 471. 2001.

¹⁴⁵ Nesse sentido: IRISH, Adam; KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. Bridging the international law-international relations divide: taking stock of progress. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, n. 2, p. 367. 2013; KLABBERS, Jan. The relative autonomy of international law or the forgotten politics of interdisciplinarity. **Journal of International Law & International Relations**, v. 1, n. 1 – 2, p. 44. 2005; SIMMONS, Beth A. International law and international relations: scholarship at the intersection of principles and politics. **American Society of International Law Proceedings**, v. 95, p. 276 - 277. 2001; BECK, Robert J. International law and international relations: the prospects for interdisciplinary collaboration. **Journal of International Legal Studies**, v. 1, n. 2, p. 120 - 121. 1995.

qualidade de acordos jurídicos formais) ou as organizações internacionais e dos tribunais internacionais.¹⁴⁶

Se entre os propósitos de uma fertilização cruzada entre o direito internacional e as relações internacionais está o de melhorar a ordem internacional, a validade do campo de pesquisa, considerando o “estado da arte” e o estado do mundo, continua sujeita a críticas de ambas as disciplinas, o que explica o fato de grande parte do debate interdisciplinar ser polarizado e improdutivo.¹⁴⁷

Para a construção de uma disciplina conjunta, por meio da integração de pontos inter-relacionados, seria necessário, inicialmente, a partir de uma análise sistemática focada nas estruturas e nos processos e baseada em críticas descritivas e recomendações prescritivas, uma clara concepção, prática e teórica, de organização internacional como um conjunto de instrumentos institucionais para a implementação de “políticas transnacionais” ou “políticas públicas internacionais”, distinta de outros fenômenos e modelos de meras interações internacionais.¹⁴⁸

É justo dizer que uma literatura florescente sobre o cumprimento das normas de direito internacional ainda está em sua infância e talvez nunca se desenvolva como uma verdadeira disciplina comum, em que pesem os expressivos progressos interdisciplinares e o crescente interesse de numerosos estudiosos do direito internacional e das relações internacionais nos últimos anos.¹⁴⁹

O desenvolvimento de uma agenda de pesquisa colaborativa, a partir de temas mutuamente proveitosos a ambas as disciplinas, facilitará a comunicação teórica e prática

¹⁴⁶ Nesse sentido: BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 39, n. 1, p. 22 - 23. 2000; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 48. 2012.

¹⁴⁷ Nesse sentido: ROCHESTER, J. Martin. The rise and fall of international organization as a field of study. **International Organization**, v. 40, n. 04, p. 812. 1986; SIMMONS, Beth A. International law and international relations: scholarship at the intersection of principles and politics. **American Society of International Law Proceedings**, v. 95, p. 274. 2001; HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 471, jan. 2005.

¹⁴⁸ Nesse sentido: KEOHANE, Robert O. Compliance with international commitments: politics within a framework of law. **American Society of International Law Proceedings**, v. 86, p. 176. 1992; ROCHESTER, J. Martin. The rise and fall of international organization as a field of study. **International Organization**, v. 40, n. 04, p. 812. 1986.

¹⁴⁹ Nesse sentido: ABBOTT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n.1 - 2, p. 09 - 10. 2005; ALKOBY, Asher. Theories of compliance with international law and challenge of cultural difference. **Journal of International Law and International Relations**, v. 4, p. 154. 2008.

entre os acadêmicos do direito internacional e das relações internacionais, sem a indevida apropriação dos conhecimentos de uma disciplina pela outra, isto é, falar a mesma língua não significa, nem deve significar, ser uma única voz.¹⁵⁰

Da mesma forma como Miguel de Cervantes cria, de maneira caricatural, dois personagens para desmistificar as antigas histórias medievais de cavaleiros — um sonhador Dom Quixote e um pragmático Sancho Pança que se opõem e se complementam em um típico movimento dialético, isto é, a identidade de cada um é consolidada por meio da contraposição com o outro, especificamente, entre o desejo de mudança convertido em loucura, pela perda de contato com a realidade, e o ceticismo transformado em apologia irrestrita, conquanto por vezes involuntária, das condições factuais —, o estudo interdisciplinar do direito internacional e das relações internacionais serve para revisar a historiografia de e criticar a dicotomia entre ambas as disciplinas. Em outras palavras, a oposição pela própria identidade do direito internacional e das relações internacionais torna-os inúteis, ora pela defesa de proposições irrealizáveis, ora pela descrição da realidade incontornável do sistema internacional que não permite nada além da mera contemplação da realidade, porquanto o “dever ser” perde a pretensão de “ser” e o que “é” torna-se impermeável àquilo que “deve ser”.¹⁵¹

De fato, a convergência entre o direito internacional e as relações internacionais é uma a questão mais de vontade do que de oportunidade, quando não de necessidade de exame crítico da cada vez maior influência recíproca entre ambas as disciplinas. O que se quer dizer com isso é que a colaboração interdisciplinar demanda benefícios intelectuais suficientemente superiores aos custos de sacrificar as pesquisas existentes em cada área.¹⁵²

¹⁵⁰ Nesse sentido: SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship. **American Journal of International Law**, v. 92, n. 3, p. 372 e 393. 1998; BADIN, Michelle Ratton Sanchez; SILVA, Lucas Tasquetto da; SATO, Nathalie Suemi Tiba. As trilhas de Anne-Marie Slaughter na defesa da interdisciplinaridade entre Direito Internacional e Relações Internacionais. **Direito GV Research Paper Series**, n. 94, p. 15. 2014.

¹⁵¹ SOUZA, Igor Abdalla Medina de. Dom Quixote reencontra Sancho Pança: relações internacionais e direito internacional antes, durante e depois da guerra fria. **Contexto Internacional**, v. 28, n. 1, p. 102 e 150. 2006.

¹⁵² Nesse sentido: JOYNER, Christopher C. Crossing the great divide: views of a political scientist wandering in the world of international law. **American Society of International Law Proceedings**, v. 81, p. 386. 1987; ALKOBY, Asher. Theories of compliance with international law and challenge of cultural difference. **Journal of International Law and International Relations**, v. 4, p. 154. 2008; IRISH, Adam; KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. Bridging the international law-international relations divide: taking stock of progress. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, n. 2, p. 387. 2013.

A dicotomia entre ambas as disciplinas e a dificuldade em reintegrá-las, mesmo na perspectiva norte-americana,¹⁵³ o mais significativo exemplo de estudos compartilhados, revelam não apenas o quanto a academia do direito internacional¹⁵⁴ e das relações internacionais¹⁵⁵ distanciaram-se entre si, senão do mundo em que atuam.¹⁵⁶

Por isso, não sem tempo, surge um crescente e recíproco interesse entre esses acadêmicos, com uma vasta gama de propósitos, desde programas de pesquisa conjuntos, obras em coautoria, até aulas em ambos os departamentos.¹⁵⁷

Os acadêmicos do direito internacional e das relações internacionais investigam o mesmo espaço conceitual, conseqüentemente, seria um grande desperdício não compartilharem ideias e informações consoante um vocabulário comum, naquilo que se poderia chamar de “direito internacional empírico”, uma construção intelectual interdisciplinar dedicada à análise das normas e da realidade do sistema internacional. A título de exemplo, assim como os constitucionalistas estudam a teoria política e os cientistas

¹⁵³ Nos Estados Unidos do início do século XXI, entre os dez melhores cursos de pós-graduação em ciência política, apenas três ofereciam aulas de direito internacional (SIMMONS, Beth A. *International law and international relations: scholarship at the intersection of principles and politics*. **American Society of International Law Proceedings**, v. 95, p. 274. 2001).

¹⁵⁴ A maneira como as disciplinas de outros campos científicos — por exemplo, política, economia, sociologia, psicologia — são ministradas nos cursos de direito as torna menos relevantes, como que sequer houvesse relação entre elas e as disciplinas jurídicas (GICO JR., Ivo. *Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito*. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 12, jan./jun. 2010).

¹⁵⁵ Um artigo de 1993 já apontava que o direito internacional evanescera dos currículos dos cursos de relações internacionais, nos Estados Unidos, no sentido de um plano de estudos integrado. Por isso, os departamentos de ciência política deixaram de oferecer aulas de direito internacional, pois seus membros não mais estavam habilitados a ministrá-las. E o desaparecimento do direito internacional corresponde ao seu abandono justamente numa era em que as dinâmicas da política internacional geraram instituições formais e informais, em grande quantidade, ou seja, exatamente quando o direito internacional mais se expandiu (ONUF, Nicholas; TAULBEE, James. *Bringing law to bear on international relations theory courses*. **Political Science & Politics**, v. 26, n. 2, p. 249 e 254. 1993).

¹⁵⁶ Nesse sentido: SLAUGHTER, Anne-Marie. *International law and international relations*. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 285, p. 22, 2000; TRIMBLE, Philip R. *The plight of academic international law*. **Chicago Journal of International Law**, v. 1, n. 1, p. 117. 2000; VERDIER, Pierre-Hugues. *Cooperative states: international relations, state responsibility and the problem of custom*. **Virginia Journal of International Law**, v. 42, p. 840. 2002.

¹⁵⁷ Nesse sentido: SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. *International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship*. **American Journal of International Law**, v. 92, n. 3, p. 368. 1998; HATHAWAY, Oona A.; KOH, Harold Hongju. **Foundations of international law and politics**. New York: Foundation Press, 2005. p. 393; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. *Political science research on international law: the state of the field*. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 47 - 48. 2012.

políticos inquiram as constituições, o direito internacional e as relações internacionais são disciplinas que têm muito contribuir uma com a outra.¹⁵⁸

Ambas descrevem os mesmos fenômenos: práticas estatais e estruturas formais de instituições e normas internacionais, a partir do mesmo interesse central na cooperação internacional, por isso, estarão melhores equipadas para a construção de políticas e arranjos institucionais se superarem a “insularidade acadêmica”. À parte estudos racionalistas dos regimes e análises jurídicas positivistas, as relações internacionais e o direito internacional podem, juntos, ultrapassar o estreito racionalismo e positivismo no sentido de um interdisciplinar e ambicioso “projeto da racionalidade”, a partir de escolhas racionais¹⁵⁹ em um mundo descentralizado.¹⁶⁰

A fusão interdisciplinar entre os modelos teóricos construídos por acadêmicos das relações internacionais e a exegese das normas e das decisões internacionais feita pelos acadêmicos do direito internacional pode melhorar os estudos realizados por ambos e, por sua vez, fortalecer as próprias instituições internacionais. O mais claro interesse comum de pesquisa entre ambas as disciplinas é aquele pertinente ao comprometimento dos Estados com as obrigações internacionais, na verdade, tão forte quanto uma mudança de paradigma, em termos da profunda reorientação teórica observada.¹⁶¹

¹⁵⁸ Nesse sentido: GINSBURG, Tom; SHAFFER, Gregory. How does international law work? what empirical research shows. **Minnesota Legal Studies Research**, Paper n. 09-54, p. 03. 2009; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law in a world of liberal states. **European Journal of International Law**, v. 6, n. 4, p. 503. 1995; BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 205. 1993; HENKIN, Louis. **How nations behave: law and foreign policy**. 2. ed. New York: Columbia University, 1979, p. 04.

¹⁵⁹ Contudo, adverte-se que imaginar que os indivíduos ajam como se fossem racionais, não quer dizer que sejam. A racionalidade está presente na maioria dos problemas, contudo, quanto maior o risco e a incerteza, menos os agentes atuam racionalmente (GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 27, jan./jun. 2010).

¹⁶⁰ Nesse sentido: BECK, Robert J. International law and international relations: the prospects for interdisciplinary collaboration. **Journal of International Legal Studies**, v. 1, n. 2, p. 120 - 122. 1995; ABBOTT, Kenneth W. International law and international relations theory: building bridges. **American Society of International Law Proceedings**, v. 86, p. 168. 1992; ABBOTT, Kenneth W. Modern international relations theory: a prospectus for international lawyers. **Yale Journal of International Law**, v. 14, n. 2, p. 340. 1989; ABBOTT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n.1 - 2, p. 33 - 34. 2005.

¹⁶¹ Nesse sentido: JOYNER, Christopher C. Crossing the great divide: views of a political scientist wandering in the world of international law. **American Society of International Law Proceedings**, v. 81, p. 386. 1987; ACEVES, William J. Institutional theory and international legal scholarship. **American University Journal of International Law and Policy**, v. 12, n. 2, p. 266. 1997; IRISH, Adam; KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. Bridging the international law-international relations divide: taking stock of progress. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, n. 2, p. 365. 2013; MUSHKAT, Roda. Dissecting international legal compliance: an unfinished odyssey. **Denver Journal of International Law and Policy**, v. 38, p. 162. 2010.

Nesse diapasão, por um lado, as normas internacionais devem ser reformuladas de acordo com os modelos teóricos das relações internacionais, por outro, esses modelos desenvolvidos por acadêmicos das relações internacionais devem ser revistos, considerando não apenas o poder e os interesses dos Estados, senão o direito internacional. Isso pode ajudar ambos os acadêmicos a responderem as questões aventadas em suas pesquisas, cruciais para o desenvolvimento da sociedade internacional, tais como: Qual deve ser a relação entre a paz, a ordem, e os objetivos humanitários? Até aonde vai o direito de um povo à autodeterminação? Como escolher entre o aumento da proteção ambiental e a promessa de tirar milhões de pessoas da pobreza? Deve a OMC institucionalizar o livre comércio ou o comércio justo?¹⁶²

Enfim, admoesta-se que há uma distância abissal entre o ideal de estipular uma agenda colaborativa de pesquisa e o de edificar uma disciplina conjunta calcada em uma teoria única. Que o direito internacional e as relações internacionais comuniquem-se, cada vez mais, é positivo e fundamental para que se entendam, entretanto, nesse diálogo, não devem dizer (e jamais dirão) as mesmas coisas.

Doravante, cumpre examinar a questão internacional em que de maneira mais clara observa-se a confluência entre o direito internacional e as relações internacionais: os mecanismos de indução ao cumprimento do direito internacional.

¹⁶² Nesse sentido: BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 206. 1993; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law and international relations. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 285, p. 191 - 192 e 234 - 235, 2000.

2 OS MECANISMOS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL À LUZ DA TEORIA DO DIREITO INTERNACIONAL

A teoria do direito internacional traz consigo diversos questionamentos sobre os mecanismos de conformidade normativa nos mais distintos subsistemas jurídicos internacionais, com base tanto nas motivações e capacidades estatais, quanto nas novas relações transnacionais entre atores privados e infraestatais.

Essas discussões são fundamentais para se entender, em ambientes de maior ou menor imperatividade, a convivência de mecanismos tradicionais com novos e criativos mecanismos de afirmação normativa. Por um lado, o cumprimento do direito internacional deve-se à implementação interna e à adjudicação compulsória, por outro, aos mecanismos reputacionais e de reciprocidade e aos processos de aprendizagem, aculturação, socialização e persuasão.

Os fundamentos coercitivos da teoria do direito internacional apontam para um direito mais denso e efetivo na determinação dos comportamentos estatais, em virtude da obrigatoriedade das suas normas e decisões, inclusive, camufladas de atos jurídicos e judiciais domésticos. Entretanto, numa nova complexidade internacional, muitas vezes, os valores extrínsecos ao direito internacional influenciam mais os comportamentos estatais do que as medidas de imposição e controle, mediante as vantagens da cooperação internacional.

Diante disso, o segundo capítulo procura analisar o subsistema jurídico pertinente às questões de comércio internacional. O direito da OMC apresenta uma estrutura compulsória de adjudicação de conflitos estatais e um engenhoso mecanismo de indução ao cumprimento das decisões, as medidas retaliatórias, todavia, vulnerável aos interesses políticos e econômicos dos Estados.

2.1 A teoria do direito internacional

O cumprimento das normas¹⁶³ é um dos maiores desafios de um sistema jurídico. Em verdade, nenhuma ordem jurídica apresenta índices absolutos de conformidade, portanto, numa sociedade internacional carente de um mecanismo centralizado e coercitivo tampouco os apresentaria, contudo, a viabilidade de um sistema jurídico depende de um certo grau (não necessariamente uma identidade perfeita) de compatibilidade entre o comportamento dos sujeitos e o conteúdo das normas. Por isso, é importante compreender se os mecanismos que induzem os Estados a cumprirem as normas internacionais influenciam o processo de tomada de decisão internacional e, assim, contribuir para as metas e os objetivos da cooperação internacional.¹⁶⁴

Os termos¹⁶⁵ “cumprimento”, “comprometimento”, “coerção”, “implementação” e “efetividade” possuem diferentes conceitos e significados, todavia, são frequente e erroneamente usados como se referissem a um comportamento semelhante ou produzissem os mesmos efeitos.¹⁶⁶

Por sua vez, apesar das palavras “comprometimento” e “cumprimento” tratarem de dois comportamentos estatais diferentes — comprometer-se com as normas internacionais e cumpri-las — e manifestados em momentos distintos, portanto, raramente serem utilizadas

¹⁶³ Em poucas palavras, a conformidade é entendida como um acordo vinculado ao direito (HALLING, Matt. A law of no gods, no masters: developing and defending a participatory legal system. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 32, n. 1, p. 256. 2009).

¹⁶⁴ Nesse sentido: RAUSTIALA, Kal. The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law. **Virginia Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 76 - 77 e nota 335. 2002; MACLEAN, Robert M. The proper function of international law in the determination of global behavior. **Canadian Yearbook of International Law**, v. 27, p. 66 - 67. 1989; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 90. 2012.

¹⁶⁵ Para os fins colimados pelo presente trabalho, em sentido similar ao termo “cumprimento”, utiliza-se a expressão: “conformidade”; no mesmo sentido de “implementação”, têm-se “incorporação”, “internalização” e “ratificação”; e, por fim, presume-se a identidade entre os vocábulos “efetividade” e “eficácia”.

¹⁶⁶ WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1562. 1999. Outra classificação elenca quatro tipos de relações entre as normas internacionais estabelecidas e os comportamentos estatais observados: “coincidência”, “conformidade”, “cumprimento” e “obediência”. A “coincidência” refere-se a um estado aleatório de coisas, ao passo em que a “conformidade” diz respeito à conveniência de determinada conduta, enquanto o “cumprimento”, aos ganhos que se pode tributar da compatibilidade entre um comportamento e certa norma e, finalmente, a “obediência” decorre de um comportamento induzido por determinada norma incorporada ao próprio sistema interno de valores do agente. Nessa escala, observam-se três mudanças: do externo para o interno, do instrumental para o normativo, do coercitivo para o constitutivo (KOH, Harold Hongju. The 1998 frankel lecture: bringing international law home. **Houston Law Review**, v. 35, n. 3, p. 627 - 629. 1998).

com igual significado, o compromisso e a conformidade estão entrelaçados, porque os Estados avaliam os custos e os benefícios da conformidade e cumprem aquilo com o que se comprometeram.¹⁶⁷

Nessa esteira, é insuficiente conceber o cumprimento do direito internacional dissociado do processo de comprometimento, ou seja, sem considerar o que levou os Estados a pactuarem as normas internacionais, consequentemente, para a avaliação teórica das expectativas de cumprimento do direito internacional, as motivações estatais para a celebração do compromisso são muito relevantes.¹⁶⁸

Para além da definição de implementação como mera conversão do direito internacional em direito interno, contudo, aquém da definição de eficácia, entendida como a concretização dos compromissos celebrados, o cumprimento compreende uma mudança de comportamento estatal no sentido desses compromissos internacionais. Destarte, o cumprimento pode ocorrer independentemente da implementação e, por sua vez, a eficácia pode se dar independentemente do cumprimento. De fato, tanto em termos jurídicos, a conformidade não é um complemento natural da implementação, quanto em termos políticos, a eficácia não o é do cumprimento.¹⁶⁹

Pode-se afirmar que a “implementação” é um conceito predominantemente jurídico, ao passo que a “eficácia” trata-se de uma categoria política em seus traços principais. Entre ambas, o “cumprimento” ostenta uma desafiadora natureza jurídico-política, razão de boa parte dos embates em torno do seu estudo, divididos entre características de amplitude e profundidade, aventadas pelos seus defensores, e imprecisão e incerteza, propugnadas pelos seus detratores.

Dessa forma, o conceito de conformidade, ou seja, ação estatal de execução conforme as normas internacionais, é mais amplo do que o de implementação, isto é, medida de execução que facilita, porém não constitui, o cumprimento. Entretanto, a relação entre o cumprimento e a implementação não é simples, pois a ratificação é um passo importante em direção à conformidade, porque coloca em prática os compromissos internacionais,

¹⁶⁷ HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 473, 494 e 535, jan. 2005.

¹⁶⁸ RATNER, Steven R. Overcoming temptations to violate human dignity in times of crisis: on the possibilities for meaningful self-restraint. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 5, n. 1, p. 94 - 95. 2004.

¹⁶⁹ HAAS, Peter M. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 21 e 24. 1997.

especialmente tendo em vista que a maioria deles não é auto-executável,¹⁷⁰ ou seja, demandam medidas domésticas para produzirem efeitos.¹⁷¹

Ademais, diante da difícil tarefa de mensurar a conformidade, a ratificação é, muitas vezes, um indicador utilizado para avaliar as práticas estatais e permitir aos Estados auferirem, num primeiro momento, os benefícios de um compromisso internacional.¹⁷²

Na mesma medida, a relação entre o cumprimento e a efetividade possui diversas nuances. O cumprimento refere-se à identidade entre um comportamento estatal e uma norma internacional, enquanto a eficácia relaciona-se à solução de um problema internacional.¹⁷³ Contudo, a questão é fundamentalmente terminológica, posto que uma norma internacional é efetiva quando um Estado a cumpre, portanto, a conformidade é responsável por um dos fatores da eficácia,¹⁷⁴ qual seja, a mudança do comportamento do Estado.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Isso se deve ao fato de que, embora o direito internacional careça de um poder coercitivo central, a efetividade das normas internacionais independente delas assumirem a forma de contratos auto-executáveis. As perspectivas individuais e de curto prazo ignoram a rede de poder do direito e tornam-se inócuas para solucionarem os problemas de cooperação de longo prazo, extremamente específicos e entre entidades assimétricas (TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 02, 31, 35 - 36).

¹⁷¹ Nesse sentido: RAUSTIALA, Kal. The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law. **Virginia Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 09, nota 24. 2002; RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 539; SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 77 - 78. 1998; WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1562 - 1563. 1999; WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. A Framework for Analysis. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 04.

¹⁷² HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 507 - 508, jan. 2005.

¹⁷³ Diferentemente do cumprimento normativo, passível de ser avaliado mediante uma pesquisa empírica, com investigações quantitativas e qualitativas, a eficácia normativa é de difícil mensuração, porque a maioria dos cenários exige uma análise contrafactual: se a lei não estivesse em vigor, como seria? (HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 90. 2012).

¹⁷⁴ A título de exemplo, a respeito das questões trabalhistas internacionais, a eficácia implica mudanças significativas tanto no comportamento dos Estados, quanto dos trabalhadores, devido a um melhor nível de cumprimento das normas internacionais do trabalho. Contudo, dada a divergência de interesses entre os e dentro dos Estados em matéria de normas de trabalho em uma economia internacional integrada e o grau de exigência dessas normas nos principais acordos comerciais e trabalhistas, faz sentido sobrepor a definição de eficácia à de cumprimento (BANKS, Kevin. Trade, labor and international governance: an inquiry into the potential effectiveness of the new international labor law. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 32, n. 1, p. 51 - 52 e nota 13).

¹⁷⁵ Nesse sentido: RAUSTIALA, Kal. The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law. **Virginia Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 77, nota 337 e p. 84, nota 363. 2002; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 22 - 23.

Dessa maneira, a efetividade depende não apenas da solução dos problemas que motivaram as normas internacionais, mas da implementação e do cumprimento do conteúdo delas.¹⁷⁶

Entretanto, o cumprimento não é condição necessária, tampouco suficiente, para a eficácia, ou seja, a concretização dos efeitos esperados das normas internacionais, em termos de mudanças volitivas comportamentais, decorre de vários fatores, não somente do cumprimento das normas internacionais.¹⁷⁷

Destarte, a relação entre o cumprimento e a eficácia é tão complexa que, por um lado, expressivos índices de conformidade, a partir de parâmetros normativos menos ambiciosos, podem conviver com a não-solução do problema a que se propuseram resolver, por outro, normas internacionais com significativo grau de descumprimento, devido a um processo de referência normativa mais contundente, podem ser eficazes na indução de mudanças comportamentais dos Estados. Para além da conformidade, os impactos no direito internacional dos mecanismos chamados de efetividade não se vinculam à regulação das atividades estatais.¹⁷⁸

A respeito do cumprimento normativo, há seis categorias conceituais responsáveis pelo aumento ou pela diminuição dos custos de conformidade: estrutura do problema, estrutura da solução, processo de solução, normas, ligações domésticas e estrutura internacional.¹⁷⁹ A categoria denominada “estrutura do problema” abrange a interação

¹⁷⁶ Nesse sentido: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. A Framework for Analysis. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords.** Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 01; WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. Assessing the record and designing strategies to engage countries. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords.** Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 520.

¹⁷⁷ Nesse sentido: RAUSTIALA, Kal. The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law. **Virginia Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 84. 2002; WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1564 - 1565. 1999; WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. A Framework for Analysis. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords.** Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 05.

¹⁷⁸ Nesse sentido: SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 78. 1998; RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations.** Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 539 e 553; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 90. 2012.

¹⁷⁹ Nesse diapasão, um trabalho com base em cinco acordos internacionais — a convenção para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, de 1972; a convenção sobre o comércio internacional das espécies da fauna e da flora silvestres ameaçadas de extinção, de 1973; o acordo internacional de madeiras tropicais, de 1983; a convenção sobre prevenção da poluição marinha por alijamento de resíduos e outras matérias, de 1972; e

estratégica e a natureza do problema. A “estrutura da solução”, intimamente relacionada à categoria anterior, compreende o modelo institucional, a natureza e o conteúdo das normas e as medidas punitivas e os incentivos. O “processo de solução” engloba a maneira pela qual se chega a uma solução cooperativa e a qualidade dela. Sob a ampla rubrica de “normas”, considera-se, especificamente, o seu papel na mudança dos interesses, das identidades e dos comportamentos dos Estados; portanto, sobrepõe-se à categoria anterior e atrai a atenção de um número crescente de teorias da conformidade. As “ligações domésticas” atuam de, pelo menos, três maneiras distintas: alteram as preferências dos atores domésticos, são projetadas para serem executadas por atores domésticos, ou, ainda, compõem os sistemas políticos e jurídicos dos Estados. Finalmente, as “variáveis estruturais sistêmicas ou internacionais” dizem respeito à institucionalização dos sistemas internacionais.¹⁸⁰

Outrossim, há muitas críticas à abordagem teleológica que reduz as relações internacionais a quadros normativos, a partir da correspondência entre os comportamentos dos Estados e as normas internacionais, separados dos demais fatores internacionais, posto que, em qualquer sistema social, um comportamento não decorre necessariamente da incidência do direito.¹⁸¹

E mesmo a avaliação normativa do comportamento dos Estados encontra o desafio do caráter ambíguo da maioria das normas internacionais, a ponto de uma afirmação precisa e exata da conformidade estatal ser substituída por conceitos amplos como: “cumprimento substancial”, “cumprimento moderado”, “cumprimento fraco” e “nenhuma ação no sentido do cumprimento”.¹⁸²

o protocolo de Montreal sobre substâncias destruidoras da camada de ozônio, de 1987 — e em oito Estados — Brasil, Camarões, China, Estados Unidos, Hungria, Índia, Japão, URSS/Rússia — e a CE/UE demonstrou que as características administrativas (burocráticas), políticas, sociais, culturais e econômicas dos Estados influenciam o cumprimento dos compromissos internacionais. Especificamente, é maior a probabilidade de conformidade com um pacto internacional quanto mais comprometidos estão os líderes com as metas e quanto mais envolvidos estão os funcionários públicos com a negociação, a execução e o monitoramento desse tratado; quanto mais normas democráticas relativas a direitos civis e políticos e participação política possui o Estado; e, por fim, quanto maior o PIB e a renda per capita do Estado (WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. A Framework for Analysis. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 07 - 12).

¹⁸⁰ RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 545 - 548.

¹⁸¹ KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 361 - 363. 1998.

¹⁸² Nesse sentido: HAAS, Peter M. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 22. 1997; WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. A Framework

Para os críticos, o cumprimento do direito internacional depende de decisões estatais, a partir de cálculos baseados em recursos políticos e econômicos, portanto, na maioria dos casos, não é a natureza da norma o principal fator indutivo ou limitador dos padrões de conformidade, senão a capacidade estatal de autorregulação, em algumas questões, e de disciplinar os seus indivíduos e as suas empresas, em outras.¹⁸³

Desse modo, as condições e as intenções estatais,¹⁸⁴ mutáveis ao longo do tempo e do espaço, não permitem que se chegue a conclusões rápidas, fáceis e delas descontextualizadas, no tocante à conformidade dos Estados às normas internacionais. A maioria das pesquisas sobre o cumprimento estatal torna-se enganosa quando relaciona a conformidade diretamente ao direito internacional sem considerar as motivações estatais. Em muitos casos, ou a conformidade já ocorreria de qualquer maneira,¹⁸⁵ ou sequer ocorrerá, independentemente do direito internacional.¹⁸⁶

Destarte, os estudos sobre o cumprimento devem ser realizados com muito cuidado, pois o impacto de uma norma sobre um comportamento não pode ser mensurado pela constatação objetiva da conformidade entre ambos, ou seja, a mera conformidade revela pouco acerca do impacto do direito internacional sobre o comportamento dos Estados.¹⁸⁷

Em verdade, o cumprimento das normas e das decisões internacionais depende tão pouco de um esforço volitivo estatal, quanto o seu descumprimento da carência de capacidade

for Analysis. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords.** Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 04 - 05.

¹⁸³ HAAS, Peter M. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 22 - 24. 1997.

¹⁸⁴ Nesse sentido, uma defecção pode ser voluntária, quando um egoísta racional recusa-se a cumprir um compromisso, ou involuntária, quando simplesmente é incapaz de cumpri-lo (PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. **International Organization**, v. 42, n. 03, p. 438. 1988).

¹⁸⁵ Se os compromissos apenas refletem os comportamentos pré-existentes, como frequentemente é o caso, então a conformidade significa pouco (RAUSTIALA, Kal. The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law. **Virginia Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 84. 2002). Por isso, os casos de cumprimento casual, em que os comportamentos do Estado encaixam-se nas obrigações internacionais sem uma ação volitiva estatal, devem ser diferenciados daqueles de cumprimento deliberado, por meio da identificação de mecanismos causais responsáveis pelas escolhas do Estado (HAAS, Peter M. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 22. 1997).

¹⁸⁶ Nesse sentido: WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1556, 1559 e 1588 - 1589. 1999; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 89 - 90. 2012.

¹⁸⁷ Nesse sentido: KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 355. 1998; RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations.** Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 539.

técnica dos Estados. Entre as intenções, insinceras ou não, estatais de cumprir e as suas capacidades político-econômicas de fazê-lo, há uma multiplicidade de estratégias que fundamentam os mecanismos responsáveis pela indução ao cumprimento do direito internacional. Portanto, cabe agora aprofundar o estudo desses mecanismos bem como as alterações por eles experimentadas em virtude das mudanças do cenário internacional.

2.2 O ambiente de maior densidade, complexidade e fragmentação jurídica internacional

O processo de especialização da sociedade global, responsável por novas formas de intermediação entre o direito e a política, leva a um processo de especialização do direito internacional,¹⁸⁸ por sua vez, marcado, entre outros fatores, por diferentes instrumentos de implementação e controle do direito. Diante disso, o direito internacional fragmenta-se¹⁸⁹ e

¹⁸⁸ Em crítica a essa realidade, os debates recentes sobre a governança global e, especialmente sobre a fragmentação do direito internacional, demonstram bem o surgimento e o funcionamento de estruturas enviesadas. Por meio da especialização — isto é, da criação de regimes especiais de conhecimento e experiência em áreas como direito comercial, direitos humanos, direito ambiental, direito penal, direito europeu, e assim por diante — o mundo da prática jurídica segmentou-se em projetos institucionais que servem para públicos especiais com interesses especiais e éticas especiais. A razão de criar tais instituições especializadas é a de afetar os resultados produzidos internacionalmente. Isso sugere que o centro pode ter desabado totalmente e o seu lugar ter sido tomado por uma infinidade de especializações, em que a luta entre as preferências de grupos rivais de especialistas ainda não terminou. Como nessa seara quase nada é aleatório — os juristas da área bem sabem —, direcionar atenções para aquelas instituições é uma forma de encontrar uma audiência mais simpática. Se tais regimes são ambiciosos e contam com o apoio de algum setor poderoso do mundo político, então, podem ter sucesso em mudar o viés geral do direito. As novas preferências geralmente são consolidadas, a partir do argumento de que, devido à “recente evolução” técnica, econômica, política, ou de qualquer outro campo (normalmente ligado a alguma linguagem sociológica sobre “globalização”), novas necessidades ou interesses surgiram e exigem um novo tratamento. O novo regime, portanto, procura responder aos novos desafios, não pela substituição da velha regra, mas apenas pela criação de uma “exceção” a essa regra. Às vezes, porém, a exceção pode ganhar mais terreno até tornar-se a nova regra, o que se tem visto nas áreas de direitos humanos e comércio internacional (KOSKENNIEMI, M. *The politics of international law: twenty years later*. **European Journal of International Law**. v. 20, n. 1, p. 09 - 10, 2009).

¹⁸⁹ A fragmentação do direito internacional significa que as diversas normas internacionais são produzidas e aplicadas separadamente, ou seja, elas não se encontram integradas em um sistema jurídico internacional claro e efetivo. Embora a fragmentação não seja necessariamente um problema, em algumas situações específicas, seria desejável uma maior integração, que permitiria uma reciprocidade mais duradoura, capaz de promover o cumprimento das normas internacionais, por meio de mecanismos retaliatórios mais robustos e destinados aos eventuais casos de violação (TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 09 - 10). Isso não significa que a fragmentação reflita um defeito das instituições jurídicas internacionais, senão os efeitos da aplicação de técnicas jurídicas internacionais às disputas regulatórias internacionalizadas (LANG, Andrew. *Twenty years of the WTO appellate body's “fragmentation jurisprudence”*. **Journal of International Trade Law and Policy**, v. 14, n. 3, p. 124 - 125, 2015).

passa a ter diferentes lógicas de funcionamento,¹⁹⁰ especializando-se na medida em que a própria sociedade internacional especializa-se. Em outras palavras, a busca por legitimação conduz cada um desses subsistemas do sistema jurídico a desenvolver mecanismos próprios e ampliar a efetividade das suas normas.¹⁹¹ Essa nova realidade engendra distintos conjuntos normativos internacionais com diferentes níveis de efetividade.¹⁹² Em que pese as ainda expressivas dificuldades de consolidação de cada subsistema na comunidade internacional,¹⁹³ esse rápido processo de criação de instrumentos operativos próprios, calcado em novas racionalidades, explica o direito internacional como sistema e não mais como um direito primitivo e pouco efetivo.¹⁹⁴

O sistema jurídico internacional encontra-se em um processo de transição de uma estrutura estadocêntrica, hierárquica e estática para outra em redes de atores não estatais nacionais, internacionais e transnacionais, disposta de maneira não hierárquica e dinâmica. No sistema jurídico internacional emergente do novo milênio, os Estados continuam como atores importantes, contudo, dividem com muitos outros atores — organizações internacionais, organizações não governamentais, empresas e indivíduos, entre outros tanto atores não estatais — a responsabilidade de, entre outras, criação e cumprimento do direito internacional

¹⁹⁰ A título de exemplo, os direitos humanos e o direito dos conflitos armados são duas áreas especializadas do direito internacional com estruturas particulares (SCOBIE, Iain. Wicked heresies or legitimate perspectives? Theory and international law. In: EVANS, Malcolm D. (coord.). **International law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 67). A doutrina da proporcionalidade empregada em uma difere da outra. A proporcionalidade no direito dos conflitos armados refere-se aos danos colaterais e, portanto, permite ferimentos e até mesmo a morte de civis, o que constitui verdadeiro anátema para os direitos humanos (KRETZMER, David. Rethinking application of IHL in non-international armed conflict. **Israel Law Review**, v. 42, n. 1, p. 26 - 27, 2009). Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, se considerado como um valor absoluto, não se concretiza em todos os subsistemas jurídicos, a exemplo do direito humanitário, tampouco em alguns tribunais nacionais. De acordo com diferentes critérios de importância de cada ramo do direito, os sistemas normativos podem ser, a um só tempo, centrais e periféricos. Nessa esteira, uma teoria do direito internacional deve abdicar da lógica unitária em prol de formas de interação entre os sistemas (VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 407 e 446).

¹⁹¹ Se o sistema jurídico estiver dissociado do sistema social, é impossível compreender o conceito de efetividade. A falta de correspondência com a realidade ameaça a efetividade e, conseqüentemente, a validade formal das normas (OST, François. **Legal system between order and disorder**. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 115 e 124).

¹⁹² Esses fenômenos podem ser simbolizados pela imagem de uma rede, cujos nós apresentam níveis próprios de efetividade (TEUBNER, G. And if I by beelzebub cast out devils: an essay on the diabolics of network failure. **German Law Journal**, v. 10, n. 4, p. 115 - 136. 2009).

¹⁹³ Embora possuam lógicas setoriais bastante racionais e pretendam-se autônomos, os vários subsistemas jurídicos ainda demonstram-se insuficientes (KOSKENNIEMI, M. The politics of international law: twenty years later. **European Journal of International Law**. v. 20, n. 1, p. 10, 2009).

¹⁹⁴ Nesse sentido: VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 14, 21, 133, 257, 259, 263 - 264, 370, 418 e 474 - 475; VARELLA, M. D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. **Revista Direito GV**, v. 19, n. 1, p. 55 - 56. 2014.

sobre temas novos e que prescindem da soberania.¹⁹⁵ Nesse cenário, em que não há mais linhas nítidas entre o público e o privado, o internacional e o nacional, os instrumentos obrigatórios e os voluntários; o quadro de conformidade entre o comportamento dos Estados e as normas internacionais sofreu profundas transformações.¹⁹⁶

A tarefa dos Estados modernos de elaborar e aplicar o direito às sociedades complexas dá-se, cada vez menos, por meio de organizações internacionais criadas por acordos formais e vinculativos, e, cada vez mais, por um novo modelo, em que os Estados compartilham informações, ideias, recursos e políticas, o que facilita as negociações. Esse processo é “transgovernamental”, porque envolve funcionários nacionais especializados interagindo diretamente uns com os outros, muitas vezes, com uma supervisão estatal mínima; e “em rede”, porquanto a cooperação baseia-se em relações descentralizadas e em acordos informais e não vinculativos.¹⁹⁷ Dessa forma, a expressão “redes transgovernamentais” abrange grande parte da cooperação internacional contemporânea. De acordo com a distribuição de poder, as redes desempenham distintos papéis e interagem de maneiras diferentes com os tratados. Quando o poder regulatório é: (i) difuso: as redes facilitam a negociação e a imposição dos tratados, reduzindo os óbices substantivos — por exemplo, nas questões ambientais internacionais; (ii) moderadamente concentrado (geralmente assentado em bases regionais): as redes funcionam conjuntamente e, não raro, melhor do que os tratados nas áreas em que um acordo entre os Estados não é possível por causa de preferências opostas — por exemplo, nas questões de concorrência internacional; (iii) concentrado, (ou seja, há assimetria de poderes regulatórios): as redes são capazes de desempenhar um papel para o qual os tratados estão

¹⁹⁵ Consoante o exercício da subsidiariedade conduzida pela responsabilidade — outrossim princípios de praticidade, eficácia e eficiência —, muitas vezes, o Estado delega autoridade para unidades subnacionais; não territoriais e não estatais — a exemplo de bases sociais tais como as igrejas e as escolas — locais e globais; e organizações estatais bilaterais, regionais e multilaterais; que produzem ferramentas supra-estatais mais adequadas para a fruição de direitos em contextos particulares, ainda parcas, mas que devem ganhar substância com o tempo (TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 04 e 11).

¹⁹⁶ Nesse sentido: WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker’s dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1557 - 1558. 1999; WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. A Framework for Analysis. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 03.

¹⁹⁷ Os textos de direito internacional, a exemplo do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, elencam os tratados, ou seja, os acordos internacionais vinculativos, como a fonte primária do direito internacional. Com efeito, os instrumentos jurídicos não vinculativos geralmente são concebidos como fonte subsidiária de direito, quando não ignorados. A suposição é que os Estados não cumprem os instrumentos “voluntários”, por vezes chamados de “soft law”. Entretanto, esses instrumentos jurídicos não obrigatórios estabelecem normas observadas pelos Estados, mesmo que não lhes seja estritamente exigido fazê-lo, que criam expectativas e moldam comportamentos, evitando, assim, disputas (WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker’s dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1566 - 1568. 1999).

política ou economicamente impedidos — por exemplo, nas questões de segurança internacional. Conquanto complexa, na maioria dos casos, a relação entre ambas as arquiteturas de cooperação, as redes e os tratados, é de complementariedade, solidariedade e sinergia, ao contrário de concorrência ou substituição. As redes oferecem um modo alternativo de cooperação capaz de fortalecer, e não de enfraquecer, as ferramentas tradicionais do internacionalismo liberal. Especificamente, a dinâmica do transgovernamentalismo pode melhorar o desempenho dos tratados como instrumentos de governança global por meio do aumento do cumprimento das normas internacionais. A interação entre as redes eleva os incentivos para a convergência e a cooperação e, conforme proliferam, tornam os tratados e as organizações internacionais mais eficazes.¹⁹⁸

A cooperação internacional é específica em cada campo do direito internacional, não obstante, haja entre eles relações naturais e relações construídas, sem as quais, os compromissos induzidos não se concretizariam. Dessa forma, quanto maior o número de normas internacionais, mais articuladas as estruturas organizacionais e, conseqüentemente, mais provável o cumprimento.¹⁹⁹

As organizações internacionais, os regimes transnacionais e suas redes passam por um processo de constitucionalização e formam uma ordem constitucional global fragmentada, maior do que um processo de juridicidade, menor do que um processo de criação de novas constituições, a partir da ligação entre política e direito observada nas constituições nacionais, porquanto inexistente um Estado único na sociedade internacional. Destarte, no “mar da globalidade”, emergem “ilhas constitucionais”, ou seja, normas constitucionais desenvolvidas pelos próprios subsistemas e marcadas pela coexistência entre estruturas estatais e não estatais na solução de conflitos internacionais.²⁰⁰

O relacionamento entre o direito “de dentro e de fora” da OMC tem estado no centro do debate da fragmentação do direito internacional. Em nítido exemplo das dificuldades do longo caminho que leva à constitucionalização do direito internacional, conforme a jurisprudência do OSC, o órgão de apelação não tem se revelado, de maneira direta ou indireta, totalmente

¹⁹⁸ RAUSTIALA, Kal. The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law. *Virginia Journal of International Law*, v. 43, n. 1, p. 03 - 09, 49 - 51, 63, 72 - 77, 83 - 92. 2002.

¹⁹⁹ TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 02.

²⁰⁰ TEUBNER, G. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Trad. Gareth Norbury. Oxford: OUP, 2012, p. 08, 11, 52 - 53 e 55.

aberto — algumas vezes, é até mesmo reticente — às influências normativas e axiológicas de outros regimes internacionais, mesmo quando se trata de princípios gerais do direito internacional ou de notórios costumes internacionais, porque, diferente de outras instituições internacionais, dentro da estrutura da OMC, cabe ao OSC concretizar fins diplomáticos por meio jurídicos.²⁰¹

De toda sorte e a partir da periferia do sistema internacional e mediante forças centrípetas, é possível falar no surgimento e na propagação de um direito pós-nacional,²⁰² caracterizado por relações globais (ou transnacionais²⁰³), não necessariamente inter(nacionais).²⁰⁴ Essa nova realidade em formação, que decorre de novas formas de interação entre os atores transnacionais e de validação de normas jurídicas privadas, consoante o comportamento e a credibilidade desses atores, apenas pode ser concebida sob a ótica da internacionalização do direito.²⁰⁵

De fato, em contraste com a usual relação hierárquica entre normas públicas e privadas, ocorre uma “individualização de normas gerais”, ou seja, a criação de “regras organizacionais internas” por um grupo extremamente diversificado²⁰⁶ — organizações não

²⁰¹ LANG, Andrew. Twenty years of the WTO appellate body's “fragmentation jurisprudence”. **Journal of International Trade Law and Policy**, v. 14, n. 3, p. 117 - 120 e 123. 2015.

²⁰² A validade desse direito advém do seu próprio conjunto normativo, cujas obrigações produzem expectativas de cumprimento suficientes para assegurar a legitimidade e a efetividade de suas normas (TEUBNER, G. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: _____. **Global law without a state**. Brookfield: Dartmouth, 1997, p. 4).

²⁰³ A partir de uma perspectiva liberal, há um processo contínuo de criação de mecanismos pacíficos de solução de controvérsias por meio de uma rede densa de relações transnacionais entre indivíduos e grupos (SLAUGHTER, Anne-Marie. International law in a world of liberal states. **European Journal of International Law**, v. 6, n. 4, p. 512 - 513. 1995).

²⁰⁴ Não deixa de ser curioso observar como essas ideias eram contundentemente rechaçadas no início do século passado: “É impossível admitir a recepção de direito privado no direito internacional e, por consequência, a limitação dos poderes estatais, pois não se encontra nas relações individuais nada que corresponda às relações interestatais. O direito internacional não se apropriou de regras do direito privado. Pelo fato dos Estados serem soberanos, suas relações devem ser apreciadas segundo normas próprias. Afinal, que direito privado poderia pretender ser o tesouro de onde o direito internacional tenha tirado suas riquezas? O direito privado das partes contratantes. Mas de qual delas? Na maioria das vezes, os direitos privados dos Estados contratantes diferem. E a dificuldade aumenta, conforme o número de Estados” (TRIEPEL, H. Les rapports entre le droit interne et le droit international. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 1, p. 99 - 100, 1923).

²⁰⁵ ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. **Revista de Direito Internacional**, v. 11, n. 1, p. 118. 2014.

²⁰⁶ Acrescenta-se a esse heterogêneo grupo de atores não estatais, as “comunidades epistêmicas transnacionais”, isto é, redes de profissionais com reconhecida competência em uma área específica do conhecimento, que propõem soluções para problemas globais (KOH, Harold Hongju. The 1998 frankel lecture: bringing international law home. **Houston Law Review**, v. 35, n. 3, p. 649. 1998). Desde que as comunidades epistêmicas estejam comprometidas com as metas de um acordo internacional em virtude de seus conhecimentos e interesses profissionais, quanto maior o tamanho, a força e o ativismo dessas comunidades, maior a probabilidade de cumprimento desse pacto internacional (WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. A Framework for Analysis. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international**

governamentais, empresas multinacionais, sindicatos, igrejas, associações desportivas privadas internacionais — com grande capacidade de ação política e cuja validade jurídica prescinde da regulamentação estatal,²⁰⁷ portanto, em muitos casos, até mais efetivas do que as normas estatais.²⁰⁸

Diante disso, o direito internacional do século XXI é composto, também, por um conjunto de normas (comuns a diversos Estados) elaborado, implementado e controlado por atores infraestatais e privados, portanto, que transcende a questão normativa entre Estados, englobando discursos comunicativos transnacionais e normas com mecanismos próprios de efetividade e sanção em caso de descumprimento. Destarte, agora há uma nova

environmental accords. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 10). Entretanto, os cientistas políticos constatarem em pesquisas, por exemplo, sobre a eficácia da cooperação ambiental, que as comunidades epistêmicas são menos importantes em moldar o conteúdo e a interpretação do direito internacional quando a principal barreira para cooperação não é a falta de conhecimento sobre o problema e as suas soluções, porém, as incertezas sobre as suas extensões e os seus custos, isto é, quando a regulação é complexa (HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 84. 2012). Como um veículo para a tradução de valores através das fronteiras nacionais, as comunidades sistêmicas contribuem para a aceitação social de um conhecimento novo e, assim, introduzem um elemento dinâmico ao estudo dos regimes internacionais, conferindo novas possibilidades de correções e mudanças institucionais. Contudo, quando os trabalhos das comunidades sistêmicas não são avalizados pela comunidade científica mundial representam apenas a pressão de outro grupo de interesse doméstico a serviço somente da perpetuação de um sistema hegemônico (JASANOFF, Sheila. Contingent knowledge: implications for implementation and compliance. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 78 - 79). Portanto, alerta-se para o embate entre vocabulários especializados concorrentes, cada um equipado com um viés específico. Porque todo vocabulário jurídico é intrinsecamente aberto, tudo se torna uma questão de estratégia interpretativa. Cada vocabulário destaca algumas soluções, alguns atores e alguns interesses. Nenhum deles é “mais verdadeiro” do que os outros. Cada um torna algum aspecto mais visível, enquanto esconde outros aspectos. Todavia, se o vocabulário não é visto como uma questão de escolha da linguagem, que fornece a base para a aplicação de um tipo particular de direito e experiência jurídica, então, corre-se o risco de ser entendido como algo natural e, dessa maneira, tornar-se ideológico. Não há nada de novo nesse processo, a não ser o fato de que os embates são descritos na linguagem “neutra” dos especialistas, o que esconde ou obscurece a natureza contingente das escolhas feitas, o viés estrutural de cada tema: econômico, ambiental, humanitário ou de segurança (KOSKENNIEMI, M. The politics of international law: twenty years later. **European Journal of International Law**. v. 20, n. 1, p. 10 - 12, 2009).

²⁰⁷ Há hoje um forte debate pertinente ao reconhecimento dessas novas manifestações jurídicas – edificadas por meio de relações heterárquicas e autovalidadas por atores privados – diante dos obstáculos encontrados quanto à natureza de seus sujeitos e normas, à impossibilidade de autovalidação de normas privadas ou, ainda, à incapacidade de mecanismos jurídicos particulares vincularem entes estatais. Esse dilema não encontra respostas nos fundamentos do direito internacional esculpidos, desde o século XVIII, quer seja pela teoria positivista contemporânea, quer seja pela teoria do direito natural. Somente pode ser resolvido se considerarmos que esses direitos contratuais criam normas primárias convencionadas entre as partes e um sistema de coerção com a aplicação de sanções pelos próprios sujeitos entre si (ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. **Revista de Direito Internacional**, v. 11, n. 1, p. 118 e 131. 2014).

²⁰⁸ Nesse sentido: OST, F.; KERCHOVE, M. **De la pyramide au reseau: pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 74 - 75; TEUBNER, G. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Trad. Gareth Norbury. Oxford: OUP, 2012, p. 48 - 49.

complexidade²⁰⁹ no plano internacional, ou seja, um cenário de inúmeros fatores, nenhuma previsibilidade e novos atores, além dos Estados e das organizações internacionais, com capacidade de criarem normas, por vezes, mais densas e efetivas²¹⁰ do que as normas interestatais.²¹¹

Dessa maneira, no contexto pós-moderno, há uma “privatização do direito internacional”, isto é, um quadro com sujeitos em um maior número e nível de interações, marcadamente heterárquicas, e com normas coercitivas de solução de conflitos, próprias de cada sistema. Tratam-se de normas de um direito pós-nacional construídas por entes transnacionais privados, que transcendem a tutela de seus interesses individuais e, assim, passam, ao lado do direito público, a regular os interesses coletivos. A ideia de efetividade é renovada e o conceito de obrigatoriedade substituído pelo de “níveis de obrigatoriedade”.²¹²

Portanto, quer seja pelo aumento da importância e da imperatividade das normas internacionais,²¹³ quer seja pelo interesse — de curto, médio ou longo prazo — dos próprios Estados e pela construção de identidades entre si; há uma expansão de um direito interestatal (direito internacional) ou de um direito comum aos Estados (aproximação mesmo das normas domésticas e privadas), o que amplia a efetividade do sistema jurídico, ao estabilizar

²⁰⁹ A ideia de complexidade substitui a definição clássica de sistema como conjunto de elementos pela concepção de intercâmbio entre esses elementos (OST, François. **Legal system between order and disorder**. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. ix).

²¹⁰ A exemplo da lógica da lex mercatoria, em redes de empresas ou arranjos neocorporativos, as relações jurídicas criam novas figuras e formas de responsabilização independentes dos Estados de nacionalidade das empresas envolvidas. Os sistemas de punição, agora privados, consistem na exclusão de atores ou conjunto de atores contrários aos objetivos coletivos ou somente para a melhor realização dos escopos pretendidos (VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 250 - 251).

²¹¹ Nesse sentido: VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 133, 225 - 226, 370 e 374; VARELLA, M. D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. **Revista Direito GV**, v. 19, n. 1, p. 56. 2014.

²¹² ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. **Revista de Direito Internacional**, v. 11, n. 1, p. 118 e 131. 2014.

²¹³ As normas internacionais dotadas de coerção jurídica transnacional, isto é, alguma forma de sanção legal transfronteiriça, são mais eficazes para moldar os comportamentos estatais. Os entes internacionais encarregados de impor as normas internacionais podem tornar oneroso para um Estado deixar de cumpri-las. Eles desempenham um papel particularmente importante em relação àqueles Estados que não internalizam os compromissos jurídicos com os quais se comprometeram internacionalmente. Para esses Estados, as sanções oferecem, pelo menos, uma razão para obedecer ao direito. E mesmo aqueles Estados que efetivamente internalizam as normas internacionais encontram uma motivação adicional para cumprir de forma mais eficaz seus compromissos jurídicos internacionais, quando impostos por atores transnacionais. Ademais, além de organismos internacionais encarregados de monitorar o cumprimento dos termos do tratado, a aplicação jurídica transnacional pode assumir a forma de uma retaliação autorizada pelo tratado e aplicada por uma parte prejudicada pela violação dos seus termos, a exemplo do que ocorre na Organização Mundial do Comércio, quando um Estado descumpra o compromisso assumido de redução de tarifas à importação dos produtos dos demais membros do tratado (HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 500 - 502, 501, nota 76, jan. 2005).

expectativas — quando aponta os limites (esperados) dos processos internacionais de negociação política e indica as respostas (esperadas) dos Estados (racionais) —, diminuir os custos de transação e construir espaços de solução de controvérsias, inclusive, com a previsão de medidas de retaliação.²¹⁴

Nessa medida, surge um novo ator internacional, dotado de uma nova forma de autoridade internacional, o “regime de coerção própria”, ou seja, um regime ou uma instituição, com considerável grau de autonomia e eficácia, capaz de impor custos significativos pelo descumprimento de suas normas e/ou decisões de seus órgãos de solução de controvérsias, a exemplo do que ocorre na Organização Mundial do Comércio (OMC) ou no Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), garantindo assim a observância dos seus valores em detrimento de quaisquer outros regimes, por meio de fatores que influenciam o cumprimento, com destaque para a internalização de suas normas, cuja relação com o cumprimento é a um só tempo de causa e efeito. Embora os Estados possam reconsiderar os interesses dos seus cidadãos e retirarem-se de um regime de coerção própria, isso se torna demasiadamente oneroso devido à capacidade desses regimes imporem as suas próprias normas e solucionarem as suas próprias controvérsias. De uma perspectiva institucionalista, é mais eficaz e vantajoso aos Estados permanecerem nos regimes de coerção própria que, portanto, devem dominar os demais regimes. Dessa maneira, ao possuírem fóruns marcados pela estabilidade e pela previsibilidade, os regimes de coerção própria apoiam os valores emergentes de sistemas multilaterais orientados pelo direito.²¹⁵

Em apertada síntese, a fragmentação do sistema jurídico internacional transformou profundamente a cooperação internacional, deixando de ser ousado pensar em uma “constitucionalização de subsistemas jurídicos internacionais”, a partir de normas jurídicas privadas decorrentes de novas relações em redes de atores não estatais, ou seja, do advento de um direito transgovernamental ou pós-nacional responsável pela “individualização” ou “privatização” do direito internacional. Para os fins colimados por esta pesquisa, vale ressaltar que essas mudanças trouxeram consigo uma grande quantidade de mecanismos de indução ao cumprimento das normas e decisões internacionais, mais atentos a uma nova lógica de efetividade.

²¹⁴ KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. **Nebraska Law Review**, v. 75, p. 199 - 203. 1996.

²¹⁵ KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 673 - 674, 707, 710, 713 - 715, 721 - 723, 727 - 729. 2001.

2.3 Os mecanismos tradicionais

2.3.1 A implementação normativa

Esse conjunto dinâmico e complexo²¹⁶ de normas públicas e privadas (contratos), responsável por uma nova identidade do direito internacional, implica arranjos institucionais internos,²¹⁷ uma nova configuração da política e do direito nacional que confere aos processos jurídicos internacionais sanções domésticas e, assim, contribui para o cumprimento das normas internacionais, a partir de modificações de políticas públicas, de atos legais, e até mesmo de decisões judiciais internas.²¹⁸

Nessa esteira, se por um lado, com relevantes níveis de autonomia, os atores aderem voluntariamente às normas de subsistemas jurídicos privados — aqueles marcadamente caracterizados por critérios funcionais, isto é, relacionados ao tema —, ou seja, se os regimes privados ultrapassam as fronteiras estatais e prescindem do território como padrão de avaliação de efetividade, em outras palavras, se a existência, a validade e a eficácia do direito privado — do comércio ao meio ambiente, dos esportes à internet, e ainda em tantas outras áreas — não mais dependem dos Estados, por outro lado, a implementação doméstica do direito internacional depende de características próprias de cada território como o grau de democracia,²¹⁹ a capacidade econômica dos nacionais em participar de redes privadas, a

²¹⁶ Na medida em que se desenvolve, um grupo social move-se de uma ordem primitiva para uma ordem que reflita as crescentes complexidades e necessidades dessa sociedade (MACLEAN, Robert M. The proper function of international law in the determination of global behavior. **Canadian Yearbook of International Law**, v. 27, p. 65. 1989).

²¹⁷ Por meio de atos executivos, legislativos e judiciais, os Estados incorporam o direito internacional em suas estruturas políticas domésticas (KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. **Nebraska Law Review**, v. 75, p. 204. 1996). Cabe aos Estados considerarem obrigatórias as normas e as decisões dos tribunais internacionais no âmbito de seus sistemas jurídicos nacionais (ALTER, Karen J. Delegating to international courts: self-binding vs. other-binding delegation. **Law and Contemporary Problems**, v. 71, p. 50 - 51. 2008).

²¹⁸ VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 89, 94, 203 e 257.

²¹⁹ As organizações não governamentais são mais capazes de influenciar as decisões dos Estados democráticos (HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 504, jan. 2005).

possibilidade de intervenções legislativas e judiciárias nas normas privadas e, ainda, os valores culturais.²²⁰

Todavia, é ilusória a ideia de que a internalização e o cumprimento do direito internacional é diretamente proporcional ao nível de democracia de um Estado.

Na verdade, as democracias permitem o monitoramento das ações estatais pelos atores subestatais (organizações não governamentais, por exemplo), contudo, são mais vulneráveis à opinião pública, dessa forma, uma norma ou decisão internacional pode provocar uma reação na política interna de um Estado democrático capaz de prejudicar a cooperação internacional.²²¹

Dessa maneira, exatamente por permitir um maior acesso à informação num ambiente de transparência, nos Estados democráticos, convivem uma diversidade de interesses, não necessariamente favoráveis ao cumprimento de um compromisso internacional.²²² Assim, as pressões imediatas impostas por grupos de interesses domésticos bem-organizados podem, na realidade, prejudicar a cooperação internacional.²²³

Desse modo, os Estados que respeitam o primado do direito nem sempre cumprem o direito internacional, pois reúnem um conjunto complexo de interesses e preferências concorrentes. Ademais, em algumas situações, a ação de indivíduos e grupos de interesse nacionais dá-se no sentido da realização do próprio bem-estar material, em outras, da concretização de ideais normativos. E, ainda, como as evidências empíricas demonstram, os

²²⁰ Nesse sentido: TEUBNER, G. The King's many bodies: the self-deconstruction of law's hierarchy. **Law and Society Review**, v. 31, n. 4, p. 765. 1997; VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 94, 247 e 254.

²²¹ Nesse sentido: HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 90. 2012; WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. Assessing the record and designing strategies to engage countries. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 533.

²²² Os custos de um acordo internacional variam para cada grupo doméstico do Estado que o negocia (PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. **International Organization**, v. 42, n. 03, p. 442. 1988).

²²³ Nesse sentido: WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1579. 1999; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 87. 2012.

Estados democráticos são os mais resistentes em comprometer-se com as normas internacionais, pois serão mais pressionados internamente a cumpri-las.²²⁴

Nesse diapasão, em diferentes temas, a internalização depende mais dos processos nacionais de implementação do direito internacional do que do caráter democrático dos Estados, portanto, não necessariamente, os Estados democráticos comportam-se melhor em relação ao cumprimento do direito internacional.²²⁵

De toda sorte, a “internacionalização incorporada”, ou seja, a estratégia de incorporá-lo domesticamente, senão perfeita, traduz-se em um importante meio de cumprimento do direito internacional, a partir da responsabilidade dos Estados de implementarem domesticamente as obrigações internacionais somada às estruturas políticas internas coercitivas capazes de afetar a vida dos seus cidadãos, tornando, nesse peculiar, o primado do direito internacional o resultado do império do direito interno.²²⁶

A internalização — o que não significa apenas coerção,²²⁷ contudo, pressupõe o status de um compromisso jurídico obrigatório e vinculativo — é a razão pela qual a norma internacional é respeitada. Globalmente, a chave para a obediência ao direito internacional é a participação no “processo jurídico transnacional” ou “processo vertical”, isto é, um processo dinâmico (“de cima para baixo” e “de baixo para cima”) e normativo em que atores estatais e não estatais — organizações internacionais, organizações não governamentais, empresas multinacionais e indivíduos — interagem em uma variedade de fóruns públicos e privados, nacionais e internacionais, de maneira a incentivar o cumprimento das normas internacionais, por sua vez, internalizadas no direito doméstico.²²⁸ Portanto, os elementos-chave desse

²²⁴ Nesse sentido: WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1579. 1999; MCGUINNESS, Margaret E. Exploring the limits of international human rights law. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 34, n. 2, p. 410. 2006.

²²⁵ Nesse sentido: KOH, Harold Hongju. The 1998 frankel lecture: bringing international law home. **Houston Law Review**, v. 35, n. 3, p. 674 - 676. 1998; HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 495 - 500, 496, nota 66, 509 - 510 e 520 - 525, jan. 2005.

²²⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. A liberal theory of international law. **American Society of International Law Proceedings**, v. 94, p. 246 - 248. 2000.

²²⁷ A teoria da internalização de Koh parece, num primeiro momento, reproduzir estruturas de poder e reforçar a aplicação de sanções. Contudo, na verdade, corresponde ao império dos interesses domésticos e não dos interesses dos Estados mais poderosos. Dessa forma, não se encaixa num modelo dentro da teoria da coerção, pois reconhece que a internalização assume formas variadas e sutis (BAHDI, R. **Globalization of judgment: transjudicialism, international human rights law and commonwealth courts**. 2001. f. 31 - 33. Thesis for degree of LL.M. Graduate Department of Law of the University of Toronto, Toronto).

²²⁸ Porém, diferentemente de outros subsistemas sociais, o ritmo próprio dos processos jurídico-políticos transnacionais ainda mantém o direito e a política muito dependentes da intercessão estatal (TEUBNER, G.

pensamento são: participar, influenciar e impor, ou seja, busca-se incorporar nacionalmente as normas internacionais, a partir de diversas interações. Não se trata de mero cumprimento estatal de norma internacional mediante coação, mas de obediência²²⁹ à norma internacional incorporada ao conjunto de valores do sistema normativo do Estado. Em resumo, a maioria dos Estados cumpre as normas internacionais que são internalizadas em virtude de padrões globais oriundos de um processo jurídico transnacional. Portanto, esse processo contínuo de interações e internalizações consubstancia o direito internacional como parte dos interesses e identidades nacionais, o que o torna um fator relevante para as relações internacionais.²³⁰

Numa visão “construtivista modificada”, em um mundo pródigo de regimes internacionais, marcado pela inevitável concorrência entre as suas normas, os Estados formam e apoiam os valores na arena internacional por meio da “retroalimentação normativa”. Trata-se da harmonização de normas decursivas de diferentes fontes, mecanismo estatal usado para ligar os valores nacionais às suas ações internacionais, a partir da internalização das normas internacionais que, por sua vez, surgem de identidades estatais socialmente construídas e cujo ciclo influencia um Estado a cumpri-las ou incentivar o cumprimento pelos outros Estados, bem como permite aos Estados inserirem as suas normas no sistema internacional, de acordo com as preferências dos seus cidadãos.²³¹

É preciso ter cuidado para não se atribuir apenas à coerção o cumprimento do direito internacional a partir da internalização das normas internacionais. Trata-se de um processo político-jurídico mais amplo e complexo, em que a interação entre normas internas e internacionais produzem padrões comportamentais capazes de influenciar a ação global dos

Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization. Trad. Gareth Norbury. Oxford: OUP, 2012, p. 42). Nesse sentido, os atores transnacionais — organizações não governamentais, ativistas e forças econômicas, para citar apenas alguns — exercem pressão sobre os legisladores nacionais, a fim de que as normas internacionais sejam incorporadas. Entretanto, a internalização normativa revela-se uma via morosa, quando as normas internacionais não correspondem aos interesses dos Estados (HALLING, Matt. A law of no gods, no masters: developing and defending a participatory legal system. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 32, n. 1, p. 258. 2009).

²²⁹ Nessa esteira, um processo completo de internalização produz mais do que o cumprimento das normas, produz a obediência a elas (RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 544).

²³⁰ Nesse sentido: KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. **Nebraska Law Review**, v. 75, p. 184, 204 - 205 e 207. 1996; KOH, Harold Hongju. The 1998 frankel lecture: bringing international law home. **Houston Law Review**, v. 35, n. 3, p. 626 e 644. 1998; KOH, Harold Hongju. Jefferson memorial lecture: transnational legal process after september 11th. **Berkeley Journal of International Law**, v. 22, n. 3, p. 339 e 343. 2004; KOH, Harold Hongju. Why do nations obey international law? **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, Paper 2101, v. 106, p. 2645 - 2646. 1997.

²³¹ KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 673 - 674, 690 - 691. 2001.

Estados, quer se dê o nome a isso de “processo jurídico transnacional” ou “retroalimentação normativa”.

Entretanto, quanto mais mecanismos de execução nacionais um Estado possua, mais provável que as normas internacionais mudem as práticas estatais violadoras do direito internacional, porém, mais oneroso esse compromisso internacional se tornará e, portanto, menos atraente à participação desse Estado. Consequentemente, mantidas inalteradas todas as outras condições, os Estados mais propensos a executarem internamente o conteúdo das normas internacionais são os menos propensos a cumpri-las. Invertendo os sinais dessas variáveis, chega-se a mesma conclusão demonstrada pelas evidências empíricas: os Estados que mais cumprem as normas internacionais são exatamente aqueles com os menores custos de cumprimento, isto é, que menos as ratificam, o que aventa questionamentos sobre a relevância da internalização para o cumprimento do direito internacional.²³²

Destarte, embora as instituições jurídicas nacionais desempenhem um papel importante no direito internacional, a teoria do processo jurídico transnacional revela-se insatisfatória se não for capaz de explicar por que as normas internacionais são internalizadas e como essa internalização conduz ao cumprimento, a partir dos interesses próprios de cada Estado.²³³

Empiricamente, constata-se que a implementação das normas internacionais é mais frequente nos Estados com os piores índices de cumprimento, quando se desconsideram as relações de custo e benefício entre o direito internacional e os comportamentos estatais. Mais do que impertinente, na prática, a teoria da internalização revela-se contraproducente. Por isso, o cumprimento do direito internacional depende menos da quantidade de mecanismos de execução nacionais do que da qualidade deles.

Nesse diapasão, a reprodução das normas internacionais no plano doméstico não as fortalece necessariamente. A possibilidade de imposição interna do direito internacional mediante mecanismos de execução nacionais,²³⁴ em Estados que respeitam o “império da lei”

²³² HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 479 - 480 e 498 - 500, jan. 2005.

²³³ GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1835 - 1836. 2002.

²³⁴ Uma crítica recorrente à teoria de Koh é a de que parece colocar a política e as instituições domésticas em uma posição de destaque, entretanto, propugna que a eficácia da internalização depende principalmente das características da norma e não dos atributos internos do Estado (RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas;

e que possuem instituições domésticas consolidadas — por exemplo, um judiciário forte e independente em que se possa reivindicar direitos civis individuais e coletivos sem receio de represálias estatais —, possibilita aos indivíduos e aos grupos de interesse nacionais²³⁵ alcançarem, inclusive, alguns objetivos de política interna que seriam difíceis de serem alcançados de outra maneira. Todavia, isso depende, em boa parte, dos mecanismos coercitivos internos e do quanto o Estado permite que sejam usados contra si mesmo.²³⁶

Ademais, a visão tradicional de que a eficácia das normas internacionais decorre da sua implementação interna é estadocêntrica, hierárquica e estática, porque desconsidera a atuação dos atores não como as mudanças que as normas internas, e consequentemente os comportamentos estatais, podem sofrer ao longo do tempo, portanto, a implementação doméstica de uma obrigação internacional não garante o seu cumprimento.²³⁷

Por isso, é condição *sine qua non* para o cumprimento das normas internacionais que a internalização seja acompanhada de medidas domésticas a serem tomadas pelos Estados e da supervisão da conduta de entes públicos e privados.²³⁸

SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 544).

²³⁵ Ao “amarrar as mãos” dos Estados, o processo da ratificação formal contribui para a concretização de interesses de grupos domésticos por meio de normas internas obrigatórias, o que aumenta a credibilidade das normas internacionais (HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 74. 2012). Porém, se os procedimentos de ratificação afetam diretamente as negociações internacionais, nem sempre os afetam positivamente, assim, quanto maior o quórum necessário no plano doméstico, menor a probabilidade de êxito no âmbito internacional (PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. **International Organization**, v. 42, n. 03, p. 448. 1988).

²³⁶ Nesse sentido: HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 497 - 499, 512, 514, 520, 532 e 535, jan. 2005; SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 84. 1998.

²³⁷ Nesse sentido: WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1559. 1999; WOLFRUM, Rüdiger. Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 272, p. 30, 1998 ; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 7.

²³⁸ WOLFRUM, Rüdiger. Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 272, p. 29 - 30 e 103, 1998.

2.3.2 As sentenças compulsórias dos tribunais internacionais independentes

Embora a maioria dos regimes internacionais não preveja mecanismos de solução de controvérsias, a resolução de disputas é o outro lado de uma estratégia exitosa de cumprimento, especialmente relevante nas áreas de comércio internacional e direitos humanos.²³⁹

Assim como, promover a observância do direito determina a métrica da eficácia de todo órgão de resolução de disputas. Entretanto, os tribunais internacionais possuem características peculiares e, destarte, diferenciam-se dos tribunais nacionais, principalmente, pela ausência de mecanismos coercitivos capazes de impor o cumprimento de uma decisão, independentemente da vontade das partes.²⁴⁰

As evidências empíricas demonstram que, nas décadas imediatamente posteriores à Segunda Guerra Mundial, os Estados ainda se mantinham mais propensos a descumprirem uma decisão internacional, o que comprometia a eficácia do ordenamento jurídico internacional. O órgão adjudicatório central, a Corte Internacional de Justiça, não possuía jurisdição obrigatória em seus parques julgamentos.²⁴¹ Recentemente, a tendência dos Estados é de aceitarem e implementarem as obrigações jurídicas internacionais, fortalecendo o sistema judicial internacional, apesar da existência de jurisdições difusas e sobrepostas.²⁴²

²³⁹ Nesse sentido: GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 50; CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler; MITCHELL, Ronald B. Managing compliance: a comparative perspective. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 54.

²⁴⁰ Nesse sentido: GUZMAN, Andrew T. International tribunals: a rational choice analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, n. 1, p. 171 e 234 - 235. 2008; ALTER, Karen J. Delegating to international courts: self-binding vs. other-binding delegation. **Law and Contemporary Problems**, v. 71 e 74 - 75, p. 44. 2008; VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 297 e 382.

²⁴¹ Os Estados abstinham-se de integrar os tribunais internacionais por considerarem algumas questões de natureza essencialmente política. Conquanto rechaçada pela maioria dos jusinternacionalistas e restrita a situações muito específicas, considerações similares aplicavam-se à jurisdição compulsória da Corte Internacional de Justiça, em especial, à cláusula facultativa do seu Estatuto, dando origem à doutrina da “não judicialidade”, isto é, o apelo ante um tribunal internacional de que o objeto de um litígio era essencialmente de caráter político, portanto, inadequado à apreciação judicial e cuja solução demandava meios políticos e diplomáticos (MACLEAN, Robert M. The proper function of international law in the determination of global behavior. **Canadian Yearbook of International Law**, v. 27, p. 73 - 74 e nota 81. 1989).

²⁴² Nesse sentido: SIMMONS, Beth A. Capacity, commitment, and compliance: international institutions and territorial disputes. **Journal of Conflict Resolution**, v. 46, p. 846. 2002; HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 489 - 490, jan. 2005.

Portanto, nos últimos vinte anos, particularmente na década de 1990, do comércio aos direitos humanos, incluindo crimes de guerra,²⁴³ houve tanto a criação de novos tribunais internacionais com jurisdição obrigatória e instrumentos próprios e especializados de indução ao cumprimento de suas decisões, quanto a aceitação da jurisdição obrigatória dos tribunais internacionais mais antigos e o fortalecimento de mecanismos de implementação das suas decisões, ainda que bem menos efetivos do que aqueles dos novos tribunais. Hoje, os Estados preferem tribunais internacionais com capacidade de adjudicação das disputas (65%), com jurisdição compulsória²⁴⁴ (55%), e poder de revisão dos atos nacionais administrativos (40%) e, até mesmo, legais (de 20 a 30%). Esses números revelam mudanças no judiciário internacional e sugerem a preferência dos Estados pela delegação aos tribunais internacionais da competência para interpretar os compromissos internacionais.²⁴⁵

Ainda que o judiciário internacional, de modo geral, não apresente mecanismos coercitivos similares aos dos judiciários nacionais, a partir de uma lógica de custos e benefícios, é cada vez mais frequente a adjudicação dos conflitos interestatais por tribunais internacionais com jurisdição obrigatória e decisões compulsórias, capazes de modificar atos domésticos administrativos e jurídicos.

Na seara internacional, tribunais com jurisdição obrigatória e mecanismos coercitivos de imposição de suas decisões limitam a capacidade dos Estados de evitarem ou bloquearem um contencioso e escolherem as sanções mais brandas, assim, um sistema internacional de adjudicação de controvérsias com decisões juridicamente vinculantes para os litigantes impacta de maneira positiva a eficácia de um tribunal internacional e, conseqüentemente, incentiva o cumprimento do direito internacional.²⁴⁶

²⁴³ A era pós-Segunda Guerra Mundial presenciou a ascensão de tribunais internacionais com jurisdição compulsória, a exemplo da Corte Europeia de Direitos Humanos; do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia e do Tribunal Internacional para Ruanda (embora ambos sejam bastante limitados); do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC); e do Tribunal Penal Internacional, entre outros (HATHAWAY, Oona. *Between power and principle: a political theory of international law*. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 489, nota 56, jan. 2005).

²⁴⁴ Por jurisdição compulsória entende-se aquela em que uma parte não pode simplesmente rejeitar a competência de um tribunal para resolver os conflitos (GUZMAN, Andrew T. *International tribunals: a rational choice analysis*. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, n. 1, p. 175 e 178. 2008).

²⁴⁵ Nesse sentido: ALTER, Karen J. *Delegating to international courts: self-binding vs. other-binding delegation*. **Law and Contemporary Problems**, v. 71, p. 61 - 63 e 76. 2008; VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 297, 382 e 389; VARELLA, M. D. *Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus*. **Revista Direito GV**, v. 19, n. 1, p. 55. 2014.

²⁴⁶ Nesse sentido: GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 51; HELFER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. *Toward a theory of*

O interesse dos Estados em cumprir uma decisão é diretamente proporcional à independência e ao tecnicismo jurídico de um tribunal internacional, ou seja, à sua invulnerabilidade às motivações políticas.²⁴⁷

Desconsiderar unilateralmente a legitimidade de uma decisão internacional juridicamente vinculativa proferida por mecanismos pacíficos de solução dos conflitos internacionais comprometidos com o primado do direito implica, além dos custos de reputação e de oportunidade (perdas comerciais), custos políticos maiores por desacreditar toda a comunidade internacional, ansiosa em vê-la produzir os seus efeitos de maneira obrigatória, apesar da avaliação desses custos variar de acordo com o apoio de forças nacionais, bem como conforme os Estados envolvidos.²⁴⁸

Assim sendo, os Estados estabelecem normas de comportamento e delegam autoridade a tribunais internacionais independentes,²⁴⁹ a fim de diminuir os custos e aumentarem os benefícios da cooperação internacional.²⁵⁰

A delegação de poder estatal a um sistema de solução de controvérsias afasta condutas estatais oportunistas e confere maior efetividade ao direito internacional, devido à aplicação coercitiva das normas internacionais por meio da retaliação.²⁵¹

Quando se fala em independência do judiciário internacional, na verdade, não há tribunais internacionais, dependentes e independentes, senão totalmente dependentes e parcialmente independentes (teoria da independência restrita). De fato, um sistema de solução de controvérsias internacionais não transforma, senão promove, os interesses nacionais de

effective supranational adjudication. *Yale Law Journal*, v. 107, n. 2, p. 304 e 307. 1997; ALTER, Karen J. Delegating to international courts: self-binding vs. other-binding delegation. *Law and Contemporary Problems*, v. 71 e 75, p. 38 e 44. 2008; GUZMAN, Andrew T. International tribunals: a rational choice analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 157, n. 1, p. 221 - 222. 2008.

²⁴⁷ VARELLA, M. D. *Internacionalização do direito*. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 389 - 390.

²⁴⁸ SIMMONS, Beth A. Capacity, commitment, and compliance: international institutions and territorial disputes. *Journal of Conflict Resolution*, v. 46, p. 834 - 835 e 841 - 847. 2002.

²⁴⁹ Cinco características definem a independência de um tribunal internacional: (i) jurisdição obrigatória; (ii) proscrição a juiz de nacionalidade dos Estados em litígio; (iii) corpo permanente de juízes; (iv) mandatos fixos dos juízes; e (v) possibilidade de intervenção de terceiros (POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, v. 93, n. 1, p. 51. 2005).

²⁵⁰ HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. *The American Journal of International Law*, v. 106, p. 76 e 85. 2012.

²⁵¹ TRACHTMAN, Joel P. *The future of international law: global government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 38 - 39.

longo prazo, porém, quanto mais as decisões judiciais simplesmente espelham os comportamentos estatais, ao invés de determiná-los, menos impacto produzem.²⁵²

Calcada em paradigmas de legitimidade, reputação e oportunidade, parte da doutrina jurídica internacional acredita que as sentenças vinculantes proferidas por tribunais independentes estimulam o cumprimento das normas e a consequente mudança dos comportamentos estatais, engendrando um sistema jurídico internacional mais efetivo. Entretanto, há outros ângulos.

Diferente do que sói imaginar, mesmo quando as partes reconhecem a legitimidade de um tribunal internacional, a partir de um consenso político internacional, a imposição de um ideal transnacional, por meio de decisões compulsórias e vinculativas, em detrimento dos interesses próprios estatais, somente reforça os tradicionais inconvenientes dos mecanismos de resolução de disputas entre soberanias, como a recusa em cumpri-las. Portanto, quanto mais independente for um tribunal internacional, menos eficaz será na solução de um litígio.²⁵³

Nessa esteira, a independência de um tribunal internacional afeta negativamente o cumprimento e a eficácia, ou seja, minimiza a conformidade às e a efetividade das suas decisões. Para os Estados racionais, quanto mais independente for um tribunal internacional, maior é o custo da conformidade estatal, isto é, menor a probabilidade de cumprimento de uma decisão, portanto, menor a eficácia desse tribunal. Isso porque as decisões passam a depender menos do consentimento das partes e mais das sanções impostas pelo tribunal internacional no caso de violação do direito internacional.²⁵⁴

²⁵² Nesse sentido: HELFER, Laurence; SLAUGHTER, Anne-Marie. Why states create international tribunals: a response to professors Posner and Yoo. **California Law Review**, v. 93, n. 1, p. 956. 2005; SHANY, Yuval. Assessing the effectiveness of international courts: a goal-based approach. **American Journal of International Law**, v. 106, n. 2, p. 262. 2012.

²⁵³ Nesse sentido: CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler; MITCHELL, Ronald B. Managing compliance: a comparative perspective. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 55 - 56; POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. **California Law Review**, v. 93, n. 1, p. 06 - 07 e 27 - 28, 72 - 74. 2005.

²⁵⁴ Nesse sentido: GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 53 - 54; GUZMAN, Andrew T. International tribunals: a rational choice analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, n. 1, p. 210 - 212 e 214 - 215. 2008.

Ademais, um problema da delegação de autoridade diz respeito ao nível de independência dos juízes internacionais,²⁵⁵ vulneráveis à pressão exercida, por exemplo, pelos tribunais nacionais, para o cumprimento das normas e decisões internacionais, o que dificulta, ao invés de facilitar, a cooperação internacional.²⁵⁶

Desse modo, conquanto valiosa, a partir da produção de um tipo específico de informação, os tribunais internacionais são apenas uma das ferramentas disponíveis à comunidade internacional para a solução dos conflitos internacionais. Muitas vezes não basta o caráter obrigatório do cumprimento de suas decisões mediante ameaça ou imposição efetiva de sanções,²⁵⁷ é necessário associar à violação do direito internacional os custos reputacionais,²⁵⁸ ou seja, a percepção de que o Estado violador não honra os compromissos internacionais assumidos, o que reduz o interesse de cooperação internacional por parte dos demais Estados, e os custos de reciprocidade, isto é, o risco futuro de que os demais Estados tenham a mesma conduta do violador, quando em posições inversas. Um Estado racional somente cumprirá uma decisão de um tribunal internacional quando lhe for mais vantajoso cumpri-la do que descumpri-la. Portanto, como a função principal de um tribunal internacional é fornecer informação, a sua efetividade não pode ser avaliada sem se considerar como essa informação é produzida e como os Estados reagirão a ela.²⁵⁹

Nesse diapasão, o que justifica a conformidade de um Estado a um sistema de solução de conflitos internacionais é a definição de uma estrutura de incentivos com custos

²⁵⁵ A teoria da escolha pública questiona a independência e as motivações dos juízes, posto que o judiciário também sofre as mesmas pressões exercidas sobre o legislativo e o executivo (ROEMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. 2. ed. México: ITAM, 2000, 70).

²⁵⁶ HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 76 - 77 e 85 - 87. 2012.

²⁵⁷ Realmente, não há uma relação direta entre a efetividade dos tribunais internacionais e os mecanismos de coerção das suas decisões (VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 382).

²⁵⁸ Em contraponto, os benefícios excedem os custos dos tribunais internacionais independentes, porquanto aumentam a credibilidade, o valor e o cumprimento dos compromissos internacionais ao criarem não apenas ônus materiais, senão reputacionais, para os casos de violação e, assim, incentivarem o cumprimento futuro (HELPER, Laurence; SLAUGHTER, Anne-Marie. Why states create international tribunals: a response to professors Posner and Yoo. **California Law Review**, v. 93, n. 1, p. 904 - 905. 2005).

²⁵⁹ Nesse sentido: GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 54; GUZMAN, Andrew T. International tribunals: a rational choice analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, n. 1, p. 171, 189, 198 e 234 - 235. 2008.

transacionais capaz de tornar o cumprimento eficiente, ou seja, mais vantajoso aos Estados cooperarem.²⁶⁰

Dessa maneira, diferentemente das sociedades domésticas, muitas vezes os custos de tribunais internacionais com jurisdição compulsória excedem os eventuais benefícios da produção e da implementação de políticas comuns, sendo mais conveniente um sistema jurídico internacional carente de coerção.²⁶¹

Por isso, até mesmo para preservar o direito e as instituições internacionais, é preciso reconhecer os limites do judiciário internacional nas relações internacionais, ainda muito dependentes da diplomacia.²⁶²

Em resumo, os efeitos da adjudicação das controvérsias internacionais por tribunais internacionais independentes são, quando não contraproducentes, marginais para o cumprimento e a efetividade do direito internacional. Isso não significa que o judiciário internacional não desempenhe papel algum na indução ao cumprimento das normas internacionais, mas simplesmente que esse papel é menor do que gostariam os acadêmicos do direito internacional e a interpretação equivocada desse fato pode, ao invés de contribuir, comprometer os esforços de cooperação internacional.

2.3.3 As medidas coercitivas

Em certas ocasiões, devido à influência de fatores não jurídicos, na complexa equação que determina as ações estatais, as normas internacionais são apenas uma variável entre outras tantas, consequentemente desempenham um papel relativo na determinação das ações estatais. Todavia, se essa assertiva é válida, o inverso dela também deve estar igualmente correto, ou

²⁶⁰ Nesse sentido: HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 274. 2015; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1829, 1872 e 1886. 2002.

²⁶¹ Nesse sentido: BRADLEY, Curtis A.; KELLEY, Judith. The concept of international delegation. **Law and Contemporary Problems**, v. 71, n. 1, p. 27. 2008; DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. Economic analysis of international law. **Yale Journal of International Law**, v. 24, n. 1, p. 26 e 32. 1999.

²⁶² ALTER, Karen J. Resolving or exacerbating disputes? the WTO's new dispute resolution system. **International Affairs**, v. 79, n. 4, p. 796. 2003.

seja, quando os fatores não jurídicos são neutros, a solução de conflitos por meio de processos jurídicos é decisiva para a conformidade estatal com o direito internacional.²⁶³

Em cenários cooperativos, com baixos custos transacionais, o direito fornece as condições necessárias para uma transação efetiva, ou seja, o remédio jurídico é eficiente, pois permite às partes avaliarem os custos da conformidade. Todavia, em cenários não cooperativos, somente com a imposição de sanções é possível superar os benefícios da violação do direito internacional, portanto, para a eficácia das normas internacionais, os mecanismos coercitivos não são irrelevantes.²⁶⁴

E mesmo que se considere que as sanções em si não desempenham um papel significativo na promoção do cumprimento, os benefícios dos mecanismos coercitivos muitas vezes compensam os eventuais efeitos negativos. De fato, a efetividade de todos os outros métodos de cumprimento depende da existência de ameaças de imposição de penalidades ou da sua utilização efetiva como um “último recurso”. Isso explica porque os regimes internacionais buscam, além da persuasão, a coerção, a exemplo do comércio internacional, por meio da retaliação, isto é, da negação de preferências comerciais.²⁶⁵

Entretanto, a capacidade dos mecanismos sancionatórios de induzirem, por si só, o cumprimento das normas internacionais é apenas parte de uma história, em que, muitas vezes, a razão que leva os Estados a se conformarem às normas internacionais é outra. Portanto, a seguir, investiga-se o que há além da coerção.

²⁶³ MACLEAN, Robert M. The proper function of international law in the determination of global behavior. **Canadian Yearbook of International Law**, v. 27, p. 62, 69 - 70 e 75. 1989.

²⁶⁴ Nesse sentido: VÁZQUEZ, Rodolfo. Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 5, p. 150, out. 1996; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Berkeley Law Books, 2016, p. 102, nota 22; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1865 - 1866. 2002.

²⁶⁵ Nesse sentido: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. Assessing the record and designing strategies to engage countries. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 547 - 549; KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 703 - 704. 2001.

2.4 OS NOVOS MECANISMOS

2.4.1 As medidas não coercitivas

O aumento da efetividade do sistema jurídico internacional e das suas interações com os sistemas jurídicos nacionais e com os novos regimes jurídicos privados apontam para um cenário de maior cogência do direito internacional. Todavia, além dos mecanismos coercitivos, os mecanismos discursivos e de legitimidade e justiça influenciam o cumprimento do direito internacional. Assim, o conceito de sanção torna-se cada vez menos central na definição da norma jurídica internacional.²⁶⁶

Dessa forma, diante de suas várias funções expressivas — de comunicação, de valores, de justificação e de legitimação —, o direito internacional não se reduz à função repressiva, controladora e sancionadora.²⁶⁷ A “função promocional do direito” compreende o papel desempenhado pelo direito, entre outros fatores, na multiplicação de “sanções positivas”, ou seja, incentivos e benefícios destinados a recompensarem comportamentos que estejam em conformidade, em vez de punições²⁶⁸ voltadas a penalizarem condutas ilícitas.²⁶⁹

Dessa forma, ao lado das medidas coativas e dos instrumentos jurídicos vinculativos das instituições internacionais, há outras estratégias eficazes de indução ao cumprimento, como a persuasão de “incentivos positivos”²⁷⁰, isto é, mecanismos de recompensa, a partir de incentivos financeiros e diplomáticos, e de monitoramento.²⁷¹

²⁶⁶ Nesse sentido: VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 242 - 243, 255, 365 e 418; KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 698. 2001.

²⁶⁷ DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit**: le relatif et l’universel. Paris: Seuil, 2003, v. I, p. 235.

²⁶⁸ Na gênese do sistema jurídico, uma transgressão tem menos a ver com punir o culpado do que com restaurar a harmonia da ordem (OST, François. **Legal system between order and disorder**. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 148 - 149). No mesma medida, é possível afirmar que o recurso à violência física não é o principal valor de um sistema jurídico (HATHAWAY, Oona A.; SHAPIRO, S. J. Outcasting: enforcement in domestic and international law. **The Yale Law Journal**, v. 121, p. 259. 2011).

²⁶⁹ BOBBIO, N. **Dalla struttura alla funzione**: nuovi studi di teoria del diritto. Milan: Comunità, 1977, p. 13 - 22.

²⁷⁰ Dentro de cada Estado, os incentivos positivos devem alcançar os seguintes objetivos: (i) encorajar a coordenação dos ministérios entre si e entre as agências, eliminando qualquer forma de corrupção; (ii) estimular as organizações no plano não estatal; (iii) disseminar informações; (iv) promover conhecimentos e treinamentos das comunidades locais e regionais; (v) construir capacidade e experiência técnica e administrativa; tudo,

Com efeito, mesmo quando eficaz, uma medida de coação implica inconvenientes de longo prazo, porque é capaz de mudar condutas, não de motivá-las. Portanto, o papel da coerção no sistema jurídico internacional, especificamente, a aplicação coercitiva das normas internacionais, deve ser relativizado, pois não se trata de uma condição necessária, tampouco suficiente para a cooperação internacional.²⁷²

Mais voltado a evitar o descumprimento, o amplo processo de conformidade é composto, em parte, por medidas formais sancionatórias destinadas a situações específicas. Portanto, enquanto os mecanismos de coordenação beneficiam todos os participantes de um regime internacional, os mecanismos de competição oferecem pelo menos uma razão para o descumprimento das normas internacionais.²⁷³

Nessa esteira, num contexto de crescente complexidade do direito internacional, é conveniente não apenas distinguir entre si os mecanismos de cooperação e de confrontação, mas principalmente entender que o descumprimento das normas internacionais ocorre mais por questões, por exemplo, de custo e benefício, que escapam da lógica do direito internacional tradicional.²⁷⁴

Em verdade, há uma relação de complementação entre os elementos de conflito e de cooperação na gênese do próprio direito internacional, todavia, os mecanismos coercitivos pressupõem, ao invés de afastarem, o descumprimento das normas internacionais, enquanto o cumprimento das normas internacionais, propriamente dito, ocorre mais em virtude dos

cuidadosamente modelado a fim de fomentar os setores públicos e privados, garantindo os benefícios de longo prazo e, assim, o cumprimento das normas e decisões internacionais (WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. Assessing the record and designing strategies to engage countries. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords.** Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 551).

²⁷¹ Nesse sentido: HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 91. 2012; WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1569. 1999.

²⁷² Nesse sentido: SPAIN, Anna. Using international dispute resolution to address the compliance question in international law. **Georgetown Journal of International Law**, v. 40, p. 844. 2009; DOWNS, George W. Enforcement and the evolution of cooperation. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 343. 1998; BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 221. 1993.

²⁷³ Nesse sentido: WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1563 - 1564. 1999; KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 695 e 699 - 700. 2001.

²⁷⁴ O estudo feito pelo autor foca o direito ambiental internacional, contudo, pode ser aplicado de forma geral ao direito internacional (WOLFRUM, Rüdiger. Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 272, p. 30 - 32, 101, 146 e 151. 1998).

incentivos políticos e econômicos do que de qualquer função repressora do direito mediante a imposição de sanções.

De fato, o poder de sancionar não é fundamental no direito internacional, pois, em diferentes áreas, do comércio internacional aos direitos humanos e ao meio ambiente, quanto mais coercitivo for um mecanismo de indução ao cumprimento das normas internacionais, menos propensos a cumpri-lo serão os Estados, salvo se forem compensados por isso.²⁷⁵

A natureza jurídica dos instrumentos de indução à conformidade e a delegação de poderes a organismos internacionais dependem de quanto incentivo os Estados têm à violação do direito internacional, conseqüentemente, variam de acordo com o tipo de cooperação internacional. A título ilustrativo, nos acordos relativos ao comércio internacional, a cogência normativa associa-se a órgãos de aplicação do direito, como ocorre no OSC/OMC; naqueles pertinentes ao controle de armas nucleares (envolvem a existência do Estado), observam-se normas cogentes e ausência de delegação; finalmente, as questões ambientais internacionais são marcadas por grande flexibilidade.²⁷⁶

No universo do direito internacional, os interesses estatais motivados por diferentes *lobbies* domésticos, não se limitam às vantagens econômicas suscitadas pelas políticas comerciais, contudo, é possível identificá-los e reconhecer que, conquanto diversos e mutáveis ao longo do tempo, serão influenciados por normas e decisões internacionais. A própria ideia de reciprocidade é complexa e permite uma barganha entre valores comerciais e não comerciais. O mesmo se diga sobre o cumprimento das normas internacionais mediante medidas retaliatórias e não retaliatórias.²⁷⁷

Ademais, os mecanismos destinados a promover mudanças comportamentais devem ser ajustados à intenção e à capacidade dos Estados de cumprirem as normas e decisões internacionais. Destarte, os incentivos positivos são mais adequados aos Estados (mormente os mais pobres) que têm a intenção, porém não a capacidade, de cumprir, enquanto as

²⁷⁵ Nesse sentido: ALTER, Karen J. Delegating to international courts: self-binding vs. other-binding delegation. **Law and Contemporary Problems**, v. 71, p. 74. 2008; HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 514 - 519, jan. 2005.

²⁷⁶ HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. *The American Journal of International Law*, v. 106, p. 73 - 75. 2012.

²⁷⁷ TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 50 - 52 e 55 - 56.

medidas coercitivas funcionam melhor para os Estados (geralmente os mais ricos) que não têm (ou têm pouca) intenção de cumprir, todavia, grande capacidade de fazê-lo.²⁷⁸

Diante disso, existem algumas estratégias facilitadoras do cumprimento do direito internacional, como a atribuição gradual de níveis diferenciados de coercitividade às normas internacionais e de compromissos a Estados, quando é difícil determinar, num primeiro momento, as intenções e as capacidades estatais de contratualização e execução das normas internacionais. Desde que não sejam interrompidas prematuramente e os custos sejam compensados por benefícios, essas medidas podem reduzir incertezas quanto aos resultados práticos e produzir efeitos mais eficazes.²⁷⁹

Realmente, há grande variação quanto ao uso de instrumentos jurídicos em relação à natureza da cooperação que se pretende estabelecer. Contudo, partindo do pressuposto de que o cumprimento do direito internacional depende, grosso modo, da intenção e da capacidade do Estado de cumprir, os mecanismos coercitivos corrigem desvios volitivos estatais, tais como comportamentos oportunistas, enquanto os mecanismos não coercitivos dão aos Estados condições de se conformarem às normas internacionais. Assim, a coerção não é o único remédio, e muitas vezes, nem mesmo o mais adequado. Em todos os casos, iniciativas incrementalistas e pautadas pela ideia de custo e benefício são sempre bem-vindas.

2.4.2 A reputação

Em algumas situações é possível a imposição de sanções reputacionais para se alcançar resultados mais eficientes.²⁸⁰ Ilustrativamente, em um jogo com vários jogadores,

²⁷⁸ WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. Assessing the record and designing strategies to engage countries. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 549 - 551.

²⁷⁹ Nesse sentido: HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 531, jan. 2005; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 78 - 79, nota 171. 2012.

²⁸⁰ As redes heterárquicas reputacionais substituem as hierarquias organizacionais tradicionais dos tribunais, na medida em que a observação “horizontal” recíproca das cortes arbitrais compensa a falta de uma estrutura judiciária “vertical” institucionalizada, a exemplo da crescente influência dos “Três Grandes” da arbitragem internacional — Câmara de Comércio Internacional de Paris, United States Claim Tribunal e Centro Internacional para Disputas sobre Investimentos do Banco Mundial (BM) (TEUBNER, G. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: _____. **Global law without a state**. Brookfield: Dartmouth, 1997, p.

múltiplas rodadas e ônus de reputação por um eventual descumprimento das regras do jogo, a possibilidade de punição futura aumenta a probabilidade de conformidade, isto é, os benefícios imediatos não superam os custos por vir. Devido à complexidade das relações internacionais, as sanções mais efetivas são as bilaterais diretas ou reputacionais, exatamente como ocorre no sistema de solução de controvérsias da OMC.²⁸¹

Assim sendo, as rupturas de uma estrutura de cooperação internacional implicam, além de punições diretas (retaliações), custos de reputação,²⁸² que desincentivam o descumprimento das normas internacionais, independentemente dos mecanismos coercitivos, ao afetar a capacidade estatal de assumir compromissos futuros.²⁸³

A coerção influencia o comportamento dos Estados,²⁸⁴ porém, o cumprimento do direito internacional não é motivado exclusivamente pela ameaça ou a aplicação efetiva de sanções jurídicas diretas mediante mecanismos de retaliação.²⁸⁵ Desde preocupações

15). Em que pesem grandes diferenças entre ambas, o impacto do cumprimento de uma decisão internacional, seja ela judicial ou arbitral, é o mesmo (SIMMONS, Beth A. Capacity, commitment, and compliance: international institutions and territorial disputes. **Journal of Conflict Resolution**, v. 46, p. 831 e 836, nota 26. 2002).

²⁸¹ Nesse sentido: GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1868 - 1872. 2002; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 44 - 45.

²⁸² Considerando que os mecanismos retaliatórios são também onerosos aos Estados que os impõem, além de avisar ao Estado violador, e eventualmente aos demais, que violações (cometidas ou que se pretende cometer) não serão impunemente toleradas, utilizar a retaliação implica majorar os custos reputacionais do violador e, assim, induzi-lo, bem como aos demais, ao cumprimento das obrigações. Portanto, é muitas vezes tênue a linha que separa as sanções diretas das reputacionais, pois o Estado que aplica sanções diretas aceita um custo hoje na esperança de um benefício maior no futuro, isto é, operam forças análogas às reputacionais (GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 46 - 48).

²⁸³ Nesse sentido: HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 274. 2015; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1845 - 1846. 2002; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 35 e 40.

²⁸⁴ Embora os juristas não gostem de admitir, o direito é um entre outros elementos – a exemplo dos mecanismos de reputação, responsáveis por mudanças efetivas de comportamento –, não é o principal. Nas corporações internacionais, os fatores cruciais são: a mídia, o conhecimento dos especialistas, o poder político, a pressão social da opinião pública (protestos da sociedade civil, de ONGs a sindicatos) e os incentivos e as sanções econômicas. A pressão econômica exercida por consumidores e investidores sobre as corporações é decisiva (TEUBNER, G. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Trad. Gareth Norbury. Oxford: OUP, 2012, p. 94 - 96, 103 e 107 - 108).

²⁸⁵ Não obstante assumam várias formas, geralmente as sanções diretas consistem em medidas de retaliação tomadas por um ou mais Estados contra um violador. Em alguns casos, toma a forma da decisão do Estado cumpridor de encerrar a sua própria conformidade com os termos do acordo, cujo benefício ao Estado cumpridor impõe um custo ao Estado violador. Em muitos desses casos, a simples ameaça de retaliação é suficiente para afastar uma violação, em outros, no entanto, mesmo a revogação do tratado não evita uma violação e, mais importante, não é uma sanção ideal (GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1866 - 1867 e 1868, nota 154. 2002).

reputacionais até o receio de comportamentos recíprocos dos outros Estados,²⁸⁶ as reações domésticas e transnacionais, muitas vezes, levam os Estados a não violarem o direito internacional, mesmo na ausência da aplicação soberana de sanções formais por um poder coercitivo central. Em virtude dos benefícios explícitos e implícitos, que vão da ajuda externa ao apoio político, as normas internacionais produzem “efeitos colaterais” reputacionais, por exemplo, um Estado demonstrar aos demais tratar-se de um parceiro confiável.²⁸⁷

Dessa maneira, mediante efeitos reputacionais, o direito internacional modifica os comportamentos estatais, pois as vantagens imediatas de um eventual descumprimento tornam-se menos atrativas. A boa ou a má reputação de um Estado decorre da sua decisão de cumprir ou descumprir uma obrigação internacional, portanto, os comportamentos estatais pretéritos geram expectativas sobre comportamentos futuros, o que implica, em termos de iniciativas futuras de cooperação internacional, tanto benefícios quanto custos reputacionais.²⁸⁸

Devido aos efeitos reputacionais, uma decisão de violar o direito internacional maximiza ganhos hoje, contudo, minimiza-os amanhã. Essa lógica permite aos Estados ajustarem interesses de longo prazo e assegura o cumprimento das normas internacionais, apesar da tibieza dos mecanismos coercitivos do direito internacional. Entretanto, o valor dessa garantia varia de acordo com (i) o Estado com que se negocia; (ii) a clareza e a precisão do conteúdo da norma internacional;²⁸⁹ (iii) o contexto, cujas condições justificam eventuais violações; (iv) o decorrer do tempo, capaz de mudar os comportamentos estatais. Em alguns casos, que envolvem questões de grande importância nacional ou de sensibilidade

²⁸⁶ O direito internacional é um tipo especial de cooperação com características peculiares. As normas internacionais são ferramentas que: (i) estabelecem o equilíbrio; (ii) preenchem grande parte das obrigações estatais; (iii) estipulam mecanismos para os casos de violação, a exemplo da retaliação. Dessa maneira, os Estados aceitam que a designação jurídica e o sentido geral de legalidade internacional favorecem fortemente os quadros de conformidade, enquanto o desrespeito a uma norma compromete ou enfraquece todo o sistema jurídico internacional. Consequentemente, os Estados cumprem o direito internacional, a fim de promoverem o mesmo comportamento nos demais e de não serem passíveis de mecanismos retaliatórios (TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 32 - 33 e 54).

²⁸⁷ HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 491 - 494 e 502 - 506, jan. 2005.

²⁸⁸ GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 33 - 34, 38, 40, 42 e 69.

²⁸⁹ A vagueza dos termos de um acordo não necessariamente enfraquece o seu cumprimento, todavia, é difícil ocorrer o cumprimento de obrigações imprecisas. Na melhor das hipóteses, faz os Estados que não as conseguiram cumprir, acreditar que conseguiriam (WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. Assessing the record and designing strategies to engage countries. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 525).

internacional, os efeitos produzidos pela reputação não são suficientes, numa análise de custo-benefício, para incentivar a conformidade estatal, ou seja, o descumprimento do direito internacional produz ganhos de curto prazo superiores aos de longo prazo. Em outros casos, é reduzido o papel da reputação em um regime que permite a compensação e em que um Estado violador compensa integralmente os demais. Em todos esses casos, tão importante quanto o compromisso internacional são os níveis de comprometimento e a quantidade de reputação empenhada. Diante disso, não há uma relação causal entre os efeitos reputacionais e a conformidade estatal às normas internacionais, em outras palavras, a reputação não atua como uma força independente para o cumprimento do direito internacional.²⁹⁰

Outrossim, em que pesem as preocupações dos Estados quanto aos benefícios reputacionais afetarem positivamente o cumprimento do direito internacional, há casos em que a dificuldade para se obter informações e a falta de mecanismos de monitoramento efetivo²⁹¹ das práticas estatais deixam os Estados livres da pressão dos atores domésticos e transnacionais para o cumprimento dos compromissos internacionais assumidos.²⁹² Se os Estados puderem auferir os benefícios da violação do direito internacional sem serem responsabilizados, sequer identificados, por isso, não se sentirão estimulados a cumprir as normas internacionais. Nessas situações, o benefício reputacional não impacta a conformidade do comportamento estatal ao direito internacional.²⁹³

²⁹⁰ GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1849 - 1850, 1853, 1856 - 1859, 1873, 1861 - 1865 e nota 170. 2002.

²⁹¹ O monitoramento é essencial para aumentar a conformidade com as normas internacionais. A título de exemplo, os relatórios são uma ferramenta pedagógica útil para orientar os Estados sobre as ações que devem tomar, no entanto, são também uma ferramenta crítica, pela qual os Estados podem não estar dispostos a relatarem as suas próprias falhas. Isso sugere que o valor dos relatórios como instrumento de monitoramento do comportamento estatal depende de uma revisão independente. Além disso, os relatórios estatais padecem de um problema de “congestionamento”, que leva os funcionários nacionais a dispenderem mais tempo com a sua elaboração do que com a implementação dos acordos, especialmente nos Estados com escassos recursos (WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker’s dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1573 - 1575. 1999).

²⁹² Essas incertezas quanto às preferências, bem como quanto aos problemas no monitoramento e no controle do cumprimento das normas internacionais, conduzem a um regime jurídico internacional em que as violações sejam punidas de forma irregular e, muitas vezes, desproporcional (HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 69. 2012).

²⁹³ HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 507 - 511, 525 - 528 e 533 - 535, jan. 2005.

Na verdade, os efeitos reputacionais possuem limites e, nas mais importantes questões do direito internacional, de nada adianta aumentar os custos de reputação pelo descumprimento dos compromissos internacionais.²⁹⁴

Dessa maneira, as vantagens materiais e imateriais podem prevalecer sobre a mecânica dos efeitos reputacionais para o direito internacional, conforme o conteúdo, a extensão e o alcance das benesses auferidas pelos Estados pelo descumprimento das normas internacionais, passível de ser compensado (ou mesmo de sequer ser constatado), o que minimiza (ou até neutraliza) os custos reputacionais incidentes em um momento inicial.

2.4.3 A legitimidade, a aculturação, a socialização e a persuasão

A fim de entender a dinâmica do cumprimento do direito internacional, alguns acadêmicos enfatizam a legitimidade²⁹⁵ como um ponto de coordenação eficiente; outros, como uma questão de obrigação moral, a partir do papel central das organizações internacionais,²⁹⁶ focam a capacidade estatal de estabelecer normas internacionais percebidas como legítimas em contraponto à força bruta nas relações internacionais.²⁹⁷

A força moral e a legitimidade das normas de um regime jurídico internacional engendram processos de aprendizagem, aculturação, socialização e persuasão, no âmbito das organizações internacionais, a partir das expectativas e identidades culturais dos membros da

²⁹⁴ Nesse sentido: PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. **International Organization**, v. 42, n. 03, p. 439. 1988; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1828 - 1829, 1873 e 1883 - 1887. 2002.

²⁹⁵ O termo “legitimidade” pode ser definido como o aspecto da governança decorrente do processo jurídico descrito na constituição ou no costume e na tradição de um Estado, que valida as decisões institucionais e torna mais provável uma “atração ao cumprimento do direito” àqueles a quem é dirigido (FRANCK, Thomas M. Democracy, legitimacy and the rule of law: linkages. **NYU Law School, Public Law and Legal Theory**, Working Paper No. 2, p. 01. 1999). Ademais, a legitimidade depende não apenas do seu processo de produção ou dos conceitos que consagra, mas também das intenções dos atores envolvidos (HALLING, Matt. A law of no gods, no masters: developing and defending a participatory legal system. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 32, n. 1, p. 258. 2009).

²⁹⁶ As organizações internacionais, particularmente os órgãos de solução de conflitos internacionais, não dependem do seu poder de cogência, ou seja, da respectiva sanção internacional por eventual violação das suas normas e decisões, mas da sua legitimidade, isto é, da capacidade de induzir a adoção de soluções comuns pelo convencimento (Nesse sentido: VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 90 - 91; TEUBNER, G. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: _____. **Global law without a state**. Brookfield: Dartmouth, 1997, p. 15).

²⁹⁷ HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 59. 2012.

comunidade internacional, que fornecem informações aos atores domésticos, transformam o debate político nacional e suscitam novas prioridades capazes de influenciar, indiretamente, os formuladores de políticas públicas estatais a adotarem posições políticas comuns, em que o desenvolvimento e o cumprimento de normas internacionais passa a ser do interesse dos Estados.²⁹⁸

Na maioria das vezes, o descumprimento não deve ser visto a partir de uma perspectiva dicotômica e simplista entre, deliberada e abertamente, cumprir ou descumprir uma norma internacional, porém, como um comportamento inerente à ação internacional dos Estados, portanto, que deve ser revertido, não pela imposição de medidas formais e informais de coerção econômica e militar, que tendem a ampliar as tensões entre os envolvidos, ao contrário, mediante processos políticos e jurídicos internacionais de assistência técnica e financeira e de solução de controvérsias, capazes de verdadeiramente persuadir os atores a cumprirem um compromisso internacional.²⁹⁹

O cenário internacional é permeado de incertezas, por isso, tanto os atores internacionais, quanto os internos, são, invariavelmente, persuadidos por determinadas ideias, principalmente, no que diz respeito às negociações econômicas.³⁰⁰

As instituições jurídicas internacionais são criações políticas oriundas de processos sociais descentralizados baseados na persuasão. Os estudiosos dos mecanismos de aculturação, socialização e persuasão destacam o papel peculiar da retórica nas relações internacionais. Com efeito, as preferências dos atores internacionais, em boa parte dos casos, estão ligadas à argumentação jurídica, porquanto as questões devem ser definidas e emolduradas juridicamente.³⁰¹

Todavia, diante das principais questões a respeito da conformidade, essas teorias não conseguem explicar a importância da legitimidade para o cumprimento do direito internacional. A ideia de que haja entre a legitimidade e o cumprimento uma relação, a um só

²⁹⁸ BANKS, Kevin. Trade, labor and international governance: an inquiry into the potential effectiveness of the new international labor law. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 32, n. 1, p. 78 - 80. 2011.

²⁹⁹ CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler; MITCHELL, Ronald B. Managing compliance: a comparative perspective. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 39 - 42, 58 e 62.

³⁰⁰ PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. **International Organization**, v. 42, n. 03, p. 455 - 456. 1988.

³⁰¹ HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 57 e 61 - 62. 2012.

tempo, de causa e efeito, não é o resultado de um estudo empírico, capaz de formar um modelo teórico geral sobre a conformidade, na verdade, não passa de uma mera observação do comportamento dos Estados, a partir das qualidades das normas em si.³⁰²

Em resumo, embora mais capaz de descrever do que empiricamente explicar, a legitimidade das normas internacionais impacta a conformidade das condutas estatais a partir de processos de aprendizagem pautados pela aculturação, socialização e persuasão, no âmbito de regimes internacionais, responsáveis por criarem novas prioridades, a partir de expectativas e identidades culturais, e, assim, convencerem os seus participantes a adotar posições políticas comuns, o que contribui para o cumprimento das normas internacionais.

Com efeito, para o cumprimento do direito internacional, a persuasão é mais eficaz do que a coerção. Muitas vezes, os Estados são persuadidos por padrões normativos definidos por organismos internacionais, a partir de soluções bem-sucedidas experimentadas por alguns Estados e reproduzidas para os demais, principalmente, em relação às questões de segurança e bem-estar econômico.³⁰³

Dessa maneira, os esforços coletivos de elaboração e aplicação conjunta de ideias, tecnologias³⁰⁴ e procedimentos, a partir de uma rede internacional de exportação e importação de modelos de políticas regulatórias, são responsáveis pelo aprofundamento da cooperação internacional.³⁰⁵

A necessidade de resolverem os mesmos problemas internacionais leva os Estados, a partir de um debate internacional,³⁰⁶ a tomarem medidas semelhantes em casos concretos,

³⁰² Nesse sentido: RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 541; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1834 - 1835. 2002.

³⁰³ BARADARAN, Shima; FINDLEY, Michael; NIELSON, Daniel; SHARMAN, J. C. Does international law matter? **Minnesota Law Review**, v. 97, n. 3, p. 757 - 759. 2013.

³⁰⁴ A título de exemplo, as novas tecnologias de informação permitiram que, por meio da rede mundial de computadores, os grupos de interesse domésticos pressionem, quase instantaneamente, os seus respectivos Estados (WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. A Framework for Analysis. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 03).

³⁰⁵ RAUSTIALA, Kal. The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law. **Virginia Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 63 - 65, 68 - 70, 83, 85 e 90. 2002.

³⁰⁶ Quanto mais próximas as ideias estiverem de um consenso, mais influentes internacionalmente elas serão (SCHAUER, Frederick. The politics and incentives of legal transplantation. **CID Working Paper n. 44, Law and Development Paper n. 2**, p. 13. 2000). Entretanto, levando essa ideia a um ponto extremo, cujo sentido é contrário à tese desenvolvida no presente trabalho, a existência de um consenso normativo (pacta sunt servanda), e não de eventuais mecanismos de indução, é a principal responsável pelo cumprimento de um tratado

cuja eficácia da “transposição de soluções jurídicas” é inversamente proporcional ao ambiente coercitivo de sua implementação.³⁰⁷

Calcado na globalização do direito, a eficácia do empréstimo de soluções jurídicas estrangeiras — ideias, conceitos, normas, instituições e estruturas jurídicas — depende de quais normas serão transplantadas, de onde, e para onde. Os valores extrínsecos ao direito; dentre eles, destacam-se os fatores políticos, culturais, sociais, simbólicos, econômicos e reputacionais; são mais relevantes na disseminação transnacional e transfronteiriça do direito, consequentemente, para a adoção de comportamentos semelhantes,³⁰⁸ bem como de soluções parecidas para problemas sobre temas centrais e que atingem diretamente os Estados.³⁰⁹

O direito internacional possui mecanismos, inclusive coercitivos, capazes de afetar o comportamento dos Estados. Entretanto, a ideia de que a relevância do direito reside exclusivamente na ameaça e no exercício da coerção física imposta por instituições burocráticas prejudica a compreensão de como as normas internacionais são capazes de afetar os comportamentos estatais, pois concebe, de forma excessivamente estreita, a aplicação do direito em si. Muitas vezes, há uma “coerção exteriorizada”, isto é, o cumprimento das normas internacionais motivado não pela força bruta, mas pela efetiva exclusão de um regime internacional³¹⁰ — em diferentes áreas, dos direitos humanos ao comércio internacional —, ou seja, pelo “isolamento” de um Estado, que o priva dos benefícios da cooperação.³¹¹

Num mundo interdependente, em que o sistema jurídico internacional é responsável pela transformação gradual das identidades mesmo dos Estados mais impermeáveis à influência externa,³¹² o cumprimento do direito internacional deve-se mais à possibilidade de

(CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler; MITCHELL, Ronald B. Managing compliance: a comparative perspective. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 42).

³⁰⁷ Nesse sentido: VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 89; BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean-Francois. Economic development, legality, and the transplant effect. **William Davidson Working Paper Number 410**, p. 02 - 03. 2001.

³⁰⁸ Muitos Estados cumprem normas que não gostariam de cumprir com base na reciprocidade, ou seja, no comportamento dos demais Estados (JACKSON, John H. **The jurisprudence of GATT and the WTO: insights on treaty and economics relations**. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 07).

³⁰⁹ Nesse sentido: VALDERRAMA, I. J. M. Legal transplants and comparative law. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n. 2, p. 263 - 265 e 267 - 268. 2003.

³¹⁰ Um regime é capaz de mudar as preferências estatais de maneira que a conformidade passa a ser a própria recompensa (KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 697. 2001).

³¹¹ HATHAWAY, Oona A.; SHAPIRO, S. J. Outcasting: enforcement in domestic and international law. **The Yale Law Journal**, v. 121, p. 255 - 261. 2011.

³¹² De um polo a outro, entre dominantes e dominados, os Estados celebram tratados para influenciarem ou por serem influenciados, quer seja pelo exercício da liderança, quer seja pela pressão sofrida (WEISS, Edith Brown.

perda de eventuais benefícios decursivos das relações internacionais do que da aplicação de sanções externas.³¹³

Isto posto, cabe agora aplicar ao direito da OMC os elementos coercitivos e não coercitivos da teoria do direito internacional, a respeito dos mecanismos de indução ao cumprimento de suas normas e decisões.

2.5 Os mecanismos de indução ao cumprimento do direito da OMC

2.5.1 *O regime jurídico de comércio internacional do GATT à OMC*

Inicialmente, cumpre diferenciar a conformidade a uma norma — denominada de cumprimento de primeira ordem — da conformidade com a resolução de litígios — nomeada de cumprimento de segunda ordem. Trata-se, no primeiro caso, da conformidade com as normas materiais e processuais (para os fins colimados na presente pesquisa, o Acordo da Organização Mundial do Comércio e seus anexos), e, no segundo caso, da conformidade com as decisões oficiais dos órgãos do sistema de solução de controvérsias de dado regime internacional (aqui considerados, painel e órgão de apelação da OMC).³¹⁴

Embora os dois tipos de conformidade demonstrem da mesma maneira a vontade de se cumprir o direito e, portanto, mantenham entre si uma relação direta e indireta, o cumprimento das obrigações contidas no ESC não se confunde com o cumprimento das disposições do OSC, porquanto somente as controvérsias não resolvidas, ou seja, aquelas que envolvem as questões políticas e jurídicas mais intrincadas, são submetidas ao OSC. Na verdade, há variações de cumprimento entre as próprias decisões e recomendações do OSC

Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1559. 1999).

³¹³ KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. **Nebraska Law Review**, v. 75, p. 203 - 204 e 205. 1996; KOH, Harold Hongju. The 1998 frankel lecture: bringing international law home. **Houston Law Review**, v. 35, n. 3, p. 629, 641 - 642, 654 e 676. 1998.

³¹⁴ GRIECO, Joseph M. **Cooperation among nations: Europe, America, and non-tariff barriers to trade**. New York: Cornell University Press, 1990, p. 68.

em virtude de diversos fatores como tempo decorrido, existência de precedentes, entre outros.³¹⁵

De toda maneira, é mais difícil definir a influência de uma norma internacional sobre um comportamento estatal com base em uma ação de política externa. Consequentemente, a partir da análise de um comportamento de um Estado em virtude de uma decisão de um ente internacional, a exemplo do que se pretende no presente trabalho, é possível chegar a uma taxa mais confiável de cumprimento.³¹⁶

Até o surgimento da OMC, o sistema de comércio internacional era “orientado pelo poder”, isto é, norteava-se pelas forças assimétricas dos Estados. Em outras palavras, antes da criação da OMC, a ausência de normas jurídicas permitia, consoante a força dos Estados nas relações internacionais, a adoção unilateral de medidas com efeitos comerciais extraterritoriais. No contexto da internacionalização do direito, após 1990, a criação da OMC ilustra bem o processo de especialização e transformação do direito internacional, uma vez que o sistema de comércio internacional³¹⁷ passou a ser “orientado pelo direito”³¹⁸ e, consequentemente, houve um adensamento das normas comerciais internacionais.³¹⁹

Em relação aos demais subsistemas, o subsistema jurídico pertinente às questões comerciais internacionais apresenta maior centralidade e incidência direta e indireta sobre os

³¹⁵ Nesse sentido: VAZQUEZ, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 566. 2002; RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 542.

³¹⁶ SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 78. 1998.

³¹⁷ Ao longo das últimas décadas, os mecanismos de indução ao cumprimento das normas do comércio internacional, diferentemente do que ocorre em áreas como o meio ambiente e os direitos humanos, têm sido centrais à investigação acadêmica. Na área ambiental, por exemplo, o comportamento estatal é influenciado por inúmeros outros fatores. Por isso, a área em que se tem avançado mais em medir os efeitos das instituições internacionais é o comércio. Os pesquisadores geralmente associam o sistema GATT/OMC ao aumento dos fluxos de comércio e da eficiência econômica (HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 90 e 94. 2012).

³¹⁸ Um sistema “orientado pelo direito” foca a estabilidade de normas previamente definidas e a previsibilidade na aplicação dessas normas por um tribunal imparcial. Contudo, a expressão “orientado pelo direito” contrasta com a expressão “império da lei”, portanto, a adesão à norma é menos rígida, não se afasta a possibilidade de barganha e negociação (JACKSON, John H. **The jurisprudence of GATT and the WTO: insights on treaty and economics relations**. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 08 - 09).

³¹⁹ Nesse sentido: VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 147 - 148; VARELLA, M. D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. **Revista Direito GV**, v. 19, n. 1, p. 55. 2014.

Estados e os atores subestatais públicos, privados e transnacionais. A legitimidade,³²⁰ a efetividade e a previsibilidade/estabilidade (certeza e segurança jurídica) desse sistema podem ser atribuídas, respectivamente, à participação de um grande número de Estados, inclusive os mais fracos; ao cumprimento espontâneo pelos Estados das decisões do OSC — muitas vezes mesmo, sem recorrerem à apelação e sem utilizarem retaliações comerciais autorizadas — proferidas em curto prazo e pertinentes a controvérsias de considerável valor pecuniário; e, finalmente, à impossibilidade de reservas ao conjunto de acordos da OMC e às interpretações detalhadas, rígidas e uniformes sobre seus diferentes preceitos jurídicos — e mesmo de expressões comuns, que ganham conteúdos jurídicos bem definidos no direito da OMC —; à imparcialidade e neutralidade das decisões do OSC e à utilização de seus próprios precedentes, que pouco se relacionam com os de outros tribunais regionais ou internacionais.³²¹

Apesar da possibilidade de derrota em um litígio no âmbito do OSC, uma abordagem mais orientada para o poder reduz a previsibilidade e a estabilidade edificadas sobre as normas do sistema; permite a imposição de interesses de grupos de pressão internos por meio de medidas protecionistas, destarte, potencializa a ameaça de guerras comerciais, especialmente, entre Estados poderosos; dificulta a negociação em cenários de alterações políticas, bem como a implementação dessas mudanças em passos incrementais; prejudica as decisões sobre a alocação eficiente dos recursos, inclusive, pelas empresas privadas, comprometendo os interesses dos consumidores, assim como o bem-estar dos cidadãos.³²²

O caráter obrigatório desse sistema não significa uma imposição de normas aos Estados, antes disso, é construído pelo interesse dos próprios Estados na maior estabilidade e previsibilidade de um sistema de comércio internacional alicerçado em normas, foros de solução de controvérsias e melhor ambiente financeiro internacional, conquanto os Estados

³²⁰ A legitimidade do modelo de cumprimento das obrigações da OMC deriva, por exemplo, de suas normas claras e precisas (KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. *Michigan Journal of International Law*, v. 22, p. 706. 2001).

³²¹ Nesse sentido: VARELLA, M. D. Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 52, n. 2, p. 06, 09 - 11 e 16. 2009; VARELLA, M. D. *Internacionalização do direito*. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 171 - 172, 294 - 297 e 351 - 352; VARELLA, M. D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. *Revista Direito GV*, v. 19, n. 1, p. 54 e 58. 2014.

³²² Nesse sentido: SCHAEFER, Matthew. National review of WTO dispute settlement reports: in the name of sovereignty or enhanced WTO rule compliance? *St. John's Journal of Legal Commentary*, v. 11, n. 2, p. 335 - 336. 1996; HUDEC, Robert E. The new WTO dispute settlement procedure: an overview of the first three years. *Minnesota Journal of Global Trade*, v. 8, n. 1, p. 10. 1999.

mais fracos tenham menores capacidades econômicas e de defesa do que os Estados mais fortes, que por sua vez, aceitam perdas pontuais em processos específicos em prol do ganho global de legitimidade do sistema. Uma implementação seletiva das decisões por parte dos Estados perdedores deslegitimaria o sistema de solução de controvérsias, sem o qual não há avanços no processo de integração comercial multilateral, e, por consequência, o prejuízo para todos os Estados é muito maior.³²³

Um sistema de comércio internacional orientado pelo direito, portanto, mais legítimo e efetivo, reúne um maior número de Estados, especialmente os menos poderosos, comprometidos com o cumprimento de decisões neutras e imparciais, oriundas de um processo jurídico, ademais, é parceiro de uma melhor qualidade de vida das pessoas, porque afasta as medidas protecionistas disfarçadas de barreiras e sanções comerciais, na verdade, decorrentes das pressões políticas de grupos de interesse domésticos.

A força normativa dos acordos internacionais e a judicialização das disputas entre os Estados³²⁴ são os mais convincentes fatores para o cumprimento de uma diretriz relativa ao comércio internacional.³²⁵

Na verdade, com a institucionalização das controvérsias comerciais na OMC e a posterior consolidação de sua jurisprudência, as sanções comerciais unilaterais não foram proibidas, porém, a sua adoção deve demonstrar a real e legítima proteção a determinados bens, ao contrário da simples defesa de interesses protecionistas dos Estados.³²⁶ Portanto, o

³²³ Nesse sentido: VARELLA, M. D. Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 52, n. 2, p. 06 e 15. 2009; VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 70 - 71, 147 - 148, 154, 295, 367 e 405; VARELLA, M. D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. **Revista Direito GV**, v. 19, n. 1, p. 56. 2014.

³²⁴ O êxito dos demandantes atinge impressionantes índices entre 80 e 90% das disputas no âmbito da OMC. Entretanto, os resultados de uma jurisdição compulsória podem ser enganosos, considerando que, em geral, os casos “politicamente difíceis” não são adjudicados (CHILTON, Adam S.; BREWSTER, Rachel. Supplying compliance: why and when the US complies with WTO rulings. **Yale Journal of International Law**, v. 39, p. 201 - 246. 2014).

³²⁵ Nesse sentido: BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 166. 2001; COLARES, Juscelino F. The limits of WTO adjudication: is compliance the problem? **Journal of International Economic Law**, v. 14, n. 2, p. 404 e 434. 2011.

³²⁶ Diante disso, o direito e a prática da OMC correspondem a um subsistema jurídico internacional responsável, por um lado, por uma nova dimensão no direito internacional, com normas cogentes e mecanismos de solução de controvérsias efetivos, mas que por outro, ainda reproduz disputas políticas de natureza econômica conduzidas pelas assimetrias de poder entre os Estados (VARELLA, M. D. Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de

sistema anterior orientado pelo poder — principalmente econômico — inclina-se, gradualmente, para uma nova lógica, em que uma jurisdição ampla e obrigatória determina se houve violação das normas comerciais internacionais e, nesse caso, o nível de retaliação a ser aplicada, afastando — salvo as exceções (permitidas) ao livre comércio prescritas no art. XX do GATT — as contramedidas unilaterais estatais impostas apenas proteger os produtores internos contra a concorrência estrangeira, conseqüentemente, é autorizada a retaliação direta entre os Estados — sem contrarretaliações dos Estados mais poderosos³²⁷ —, nos casos em que a medida estatal corresponde a uma barreira comercial.³²⁸

Cotejando os mecanismos de resolução de litígios do GATT com os da OMC observa-se que ambos os sistemas de solução de controvérsias são deflagrados pela consulta e negociação entre as partes. Findo esse processo e sem êxito, é possível a formação de painéis para a solução da disputa. A partir daí, aparecem significativas diferenças pertinentes à constituição dos painéis e à adoção das suas decisões. No âmbito do GATT, as partes tinham o poder de bloquear a formação do painel, cuja decisão apenas era adotada pelo voto unânime das partes envolvidas, já no âmbito da OMC, a abertura de um painel não pode mais ser bloqueada, tampouco impedida a adoção de sua decisão, agora obrigatória.³²⁹

Pelo sistema de solução de controvérsias do GATT, era imprescindível o consenso entre as partes para que um relatório fosse adotado — isto é, bastava o veto de um Estado para um relatório não ser cumprido —, dessa maneira, a implementação ficava comprometida, ao menos, pelo interesse do Estado perdedor e raramente um contencioso chegava à fase final.³³⁰ Com a criação da OMC, é necessário, às avessas, o consenso negativo das partes para impedir

existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 52, n. 2, p. 20. 2009).

³²⁷ Em vários contenciosos, a ameaça de retaliação ou a retaliação efetiva ocorreu sem contramedidas das partes mais fortes, em que pesem os diferentes níveis de assimetria entre os Estados, desde o caso “Bananas” entre Equador e União Europeia (à época, Comunidades Europeias), passando pelo caso “Algodão” entre Brasil e EUA, até o caso “Aço” entre Japão e EUA. Respectivamente: OSC/OMC. Comunidades Europeias – Regime sobre a importação, venda e distribuição de bananas (WT/DS/27); OSC/OMC. Estados Unidos – Subvenção para o algodão upland (WT/DS/267); OSC/OMC. Estados Unidos – lei sobre a compensação (emenda Byrd) (WT/DS/217).

³²⁸ Nesse sentido: CHILTON, Adam S.; BREWSTER, Rachel. Supplying compliance: why and when the US complies with WTO rulings. **Yale Journal of International Law**, v. 39, p. 204 - 205. 2014; VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 70, 149 - 150 e 383.

³²⁹ BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 164. 2001.

³³⁰ A título de exemplo, no período imediatamente anterior à entrada em vigor da OMC, entre 1990 e 1995, nos últimos vinte e nove relatórios de painéis do GATT, doze foram bloqueados, seis das últimas nove decisões (HUDEC, Robert E. The new WTO dispute settlement procedure: an overview of the first three years. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 8, n. 1, p. 08, nota 14. 1999).

o cumprimento de um relatório — ou seja, é suficiente a falta de veto de apenas um Estado para a implementação de um relatório — dessa forma, pelo menos a parte vencedora tem interesse na sua adoção, conseqüentemente, impactando no cumprimento dos relatórios e afirmando a efetividade do OSC como um órgão dotado de jurisdição obrigatória³³¹ e não um mero instrumento diplomático de solução de controvérsias.³³²

Resguardadas as evidentes diferenças, do ponto de vista legislativo e judiciário, o direito da OMC assemelha-se ao direito doméstico, sendo possível, inclusive, vislumbrar efeitos constitucionais da hermenêutica feita pelo OSC, que vão desde a internalização de seus princípios, normas e valores até a determinação de políticas públicas nacionais pelos Estados, em virtude da influência exercida em gestores públicos e juízes nacionais.

A partir de um sistema orientado pelo direito — particularmente escorado nos princípios de nação mais favorecida e de tratamento nacional —, a OMC é uma das instituições internacionais em que se constata um processo de “constitucionalização” (“constitucionalismo” ou “evolução constitucional”, de acordo com o termo adotado pelo autor). A constitucionalização da OMC³³³ revela a capacidade do órgão de garantir tanto a

³³¹ A ideia de um tribunal internacional com atividades imparciais e a confiança dos Estados é mais forte do que qualquer outra (KELSEN, Hans. **Peace through law**. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2008, p. 20 - 21).

³³² Nesse sentido: VARELLA, M. D. Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 52, n. 2, p. 07, 11 e 13. 2009; VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 296 - 297.

³³³ Em sentido contrário: Tanto na teoria, quanto na prática, não há possibilidade da OMC ser uma entidade constitucional, na realidade, ela sequer possui elementos associados às constituições domésticas. No âmbito da OMC não houve e não há um processo político para criação de um documento constitucional, tampouco há qualquer probabilidade desse processo ocorrer num futuro próximo. Os acordos da Rodada Uruguai não se arrogaram uma constituição do comércio mundial — nem mesmo são diretamente aplicáveis ao direito interno dos Estados-membros —; não definiram um sistema de freios e contrapesos entre órgãos com funções legislativas, executivas e judiciárias de comércio mundial, independentes e autônomos, consoante a clássica separação de poderes; não consagraram expressamente a natureza fundamental de um “direito ao comércio”; tampouco investiram o OSC do poder de estabelecer um sistema constitucional por meio de interpretação judicial. No contencioso Índia - Restrições quantitativas às importações de produtos agrícolas, têxteis e industrializados (Índia - RQs) (WT/DS/90), rejeita-se explícita e inequivocamente uma teoria da separação dos poderes, ou mesmo uma teoria constitucional sobre as relações entre os órgãos políticos e jurídicos da OMC. No contencioso Estados Unidos - Seções 301 - 310 da Lei de Comércio de 1974 (WT/DS152), declara-se que a OMC não pode ser interpretada como uma ordem jurídica que produza efeitos diretos para os Estados, ou seja, que crie direitos e deveres juridicamente vinculativos aos indivíduos. No contencioso Estados Unidos - Investigação da Comissão de Comércio Internacional sobre a madeira serrada do Canadá (WT/DS277), afirma-se que o consenso entre as partes prevalece sobre as decisões do OSC, portanto, afasta o caráter constitucional da sua própria jurisprudência. A ideia de constitucionalização da OMC confere relevância e efetividade ao direito do comércio internacional, mediante o poder, a autoridade e o status normativo superior das estruturas constitucionais nacionais. Todavia, o discurso constitucional que pretende corrigir juridicamente as distorções políticas do comércio internacional — ou seja, resolver os conflitos políticos no campo constitucional — é autodestrutivo, pois reforça o debate e agrava os conflitos sobre as questões políticas que buscava evitar.

previsibilidade, a estabilidade e a efetividade do direito, quanto a juridicidade dos conflitos, isto é, um sistema obrigatório de solução de controvérsias, sem represálias unilaterais e com efeitos diretos nos territórios dos Estados.³³⁴

Dessa maneira, a OMC adquire verdadeiras funções constitucionais³³⁵ (semelhantes às nacionais) por meio de um processo incrementalista, em que a hermenêutica do OSC cria um conjunto de normas e princípios que influenciam os processos de formulação de políticas nacionais e, assim, limitam eventuais abusos estatais. Esse processo de exegese constitucional pode ser assim exemplificado: (i) o empréstimo e a subsequente fusão de princípios, normas e doutrinas constitucionais domésticas; (ii) a criação de um novo sistema jurídico; (iii) a ampliação de sua jurisdição com a incorporação de questões constitucionais e antes consideradas exclusivamente domésticas; e, por fim, (iv) a presença de valores constitucionais fundamentais na confecção e justificativa de suas decisões.³³⁶

Portanto, incapaz de afastar os conflitos dos domínios da política, no atual estágio de desenvolvimento do sistema OMC, o termo “constitucionalismo” pode ser interpretado, no máximo, como uma metáfora. Há evidentes limitações estruturais na arquitetura institucional da OMC, por exemplo, a participação democrática, necessária para a legitimidade social de um esforço bem-sucedido de constitucionalização do sistema de comércio internacional, é insuficiente. Nesse sentido, o conceito de constitucionalização pode ser concebido como um esforço para legitimar um sistema em crise de legitimidade, isto é, diminuir a distância entre o poder da OMC e a falta de uma base popular para o exercício desse poder. Um regime constitucional legítimo é aquele considerado digno de apoio por motivos outros que não o interesse próprio ou o medo de sanções (DUNOFF, Jeffrey L. Constitutional concepts: the WTO’s ‘constitution’ and the discipline of international law. **European Journal of International Law**, v. 17, p. 647 - 651, 657 - 661, 663 - 669, 672 e 674. 2006).

³³⁴ Nesse sentido: JACKSON, John H. Fragmentation or unification among international institutions: the World Trade Organization. **New York University Journal of International Law and Politics**, v. 31, p. 826. 1999; JACKSON, John H. The WTO “constitution” and proposed reform: seven “mantras” revisited. **Journal of International Economic Law**, v. 4, n. 1, p. 73. 2001; TEUBNER, G. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Trad. Gareth Norbury. Oxford: OUP, 2012, p. 55.

³³⁵ Em sentido contrário: Isso não significa a criação de uma constituição nos moldes de uma constituição doméstica, pois haveria dificuldades óbvias e intransponíveis: a falta de um Estado com entes institucionais entre os quais o poder constitucional seria dividido e com uma política que autorizasse a construção e legitimasse a reconstrução contínua dessa constituição. Porém, quer dizer que a jurisprudência da OMC começa a exibir algumas características normalmente associadas à jurisprudência dos sistemas constitucionais nacionais e supranacionais e que se convencionou chamar esse processo de “constitucionalização” (CASS, Deborah Z. The ‘constitutionalization’ of international trade law: judicial norm-generation as the engine of constitutional development in international trade. **European Journal of International Law**, v. 12, n. 1, p. 39, 41 - 42, 46, 51 - 52, e 72. 2001).

³³⁶ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. The transformation of the world trading system through the 1994 agreement establishing the World Trade Organization. **European Journal of International Law**, v. 6, p. 161 - 162, 166 - 168, 180 - 181 e 186 - 187. 1995. Nesse sentido, o autor chega a sustentar a polêmica ideia de que a liberdade econômica deve ser considerada um direito fundamental à autodeterminação humana, uma vez que, nas democracias constitucionais, os direitos humanos e o livre comércio estão baseados nos mesmos valores: liberdade, não-discriminação e primado do direito; e a liberdade econômica é compatível com todas as outras liberdades em uma sociedade governada pelo direito. Nas palavras do autor: “Se os mercados são reconhecidos como mecanismos que revelam preferências individuais, promovem diálogos sobre valores, capacitam os indivíduos a desenvolverem e coordenarem atividades autônomas, induzem as pessoas a assumirem responsabilidades e sancionam distorções políticas; então, são um complemento necessário à liberdade

Nessa esteira, a certeza de que as normas e as decisões da OMC, bem como eventuais retaliações, serão aplicadas, limita a interpretação de conceitos ligados ao direito da OMC por parte dos gestores públicos nacionais de diferentes órgãos legislativos, executivos e judiciários em todo o mundo, a fim de que políticas públicas, normas e decisões judiciais sejam construídas em conformidade às normas da OMC, de maneira a evitar desentendimentos estatais e futuros questionamentos no OSC. Especificamente, as decisões de juízes nacionais — se tais manifestações forem satisfatoriamente relevantes para indicar a posição de fato do Estado,³³⁷ ou seja, diversas decisões, de vários tribunais, aceitas, ainda que tacitamente, pelo Estado — denotam a compatibilidade ou não entre o comportamento estatal e o direito internacional, portanto, ensinam a responsabilidade internacional do Estado em caso de descumprimento do direito da OMC. No entanto, em relação às decisões do legislativo e do executivo, as decisões do judiciário são menos vulneráveis à pressão internacional e dos grupos econômicos internos prejudicados pelas medidas de retaliação, principalmente, quando se trata de várias decisões antagônicas de diferentes juízes singulares; de uma decisão consolidada nos tribunais superiores; ou, ainda, de uma decisão da OMC que contraria outra decisão internacional.³³⁸

Porém, questiona-se: quando uma parte derrotada decide não cumprir uma decisão final do OSC, são assegurados à parte vitoriosa os remédios jurídicos adequados para o cumprimento da obrigação constituída a seu favor? O OSC oferece um dos melhores mecanismos internacionais de solução de controvérsias, inserido em um regime mais orientado para o direito, contudo, quando se trata da implementação ou da execução, ainda falta ao sistema o poder de impor o cumprimento das suas disposições e decisões, que, por vezes, passam despercebidas. O OSC não impede a politização das disputas, portanto, não assegura um padrão uniforme de cumprimento coercitivo de suas decisões, mais do que o resultado de um processo judicante, a implementação deve-se ao pragmatismo do exercício de poder pelos Estados dominantes sob a sombra protetora do direito da OMC. Depois de

individual e à democracia constitucional” (PETERSMANN, Ernst-Ulrich. The WTO constitution and human rights. *Journal of International Economic Law*, v. 3, n. 1, p. 19 - 20 e 23 - 24. 2000).

³³⁷ A OMC entendeu que, a partir de decisões de juízes, o volume de pneus importados de determinados Estados foi suficiente para configurar o descumprimento brasileiro ao princípio da nação mais favorecida. OSC/OMC, Brasil – Medidas que afetam a importação de pneus (WT/DS332).

³³⁸ Nesse sentido: VARELLA, M. D. Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 52, n. 2, p. 05 - 06 e 13 - 14. 2009; VARELLA, M. D. *Internacionalização do direito*. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 90, 203 - 204, 367 e 369; VARELLA, M. D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. *Revista Direito GV*, v. 19, n. 1, p. 59. 2014.

concluídos os procedimentos de resolução de litígios do OSC, não há garantia de aplicação efetiva dos relatórios do painel e do órgão de apelação, tampouco dos pedidos de retaliação.³³⁹

As normas da OMC e as decisões do OSC não produzem efeitos diretos nos sistemas jurídicos domésticos dos Estados-membros. A título de exemplo, a consolidada jurisprudência do tribunal europeu determina que o direito da OMC não integra o direito europeu antes de serem implementadas, portanto, não criam, diretamente, obrigações na comunidade europeia.³⁴⁰

Ademais, a efetividade das normas da OMC e das decisões do OSC ficaria refém do grau de monismo ou dualismo de cada Estado-membro, pois de acordo com a relação entre o direito interno e o direito internacional em cada Estado, permitir que os judiciários dos Estados-membros apliquem diretamente o direito da OMC apenas seria uma medida construtiva para a organização e para as relações comerciais internacionais considerando os Estados que optam pela prevalência dos tratados sobre as normas nacionais, mesmo posteriores aos compromissos firmados internacionalmente, no caso brasileiro,³⁴¹ em que a norma nacional posterior prima sobre o tratado, significaria a ineficácia do sistema da OMC,³⁴² que ainda seria contaminado pela falta de agilidade dos judiciários nacionais, cujos processos internos são, na maioria das vezes, muito mais morosos do que no âmbito multilateral, a exemplo do contencioso Comunidades Europeias – Pneus, cuja medida se

³³⁹ Nesse sentido: ALI, Asim Imdad. Non-compliance and ultimate remedies under the WTO dispute settlement system. **Journal of Public and International Affairs**, v. 14, p. 04. 2003; ISLAM, M. Rafiqul. Recent UE trade sanctions on the US to induce compliance with the WTO ruling in the foreign sales corporations case: its policy contradiction revisited. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 3, p. 487 - 488. 2004; KHANSARI, Azar M. Searching for the perfect solution: international dispute resolution and the new world trade organization. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 20, n. 1, p. 189. 1996; IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 627. 2002; MCGIVERN, Brendan P. Seeking compliance with WTO rulings: theory, practice and alternatives. **International Lawyer (ABA)**, v. 36, n. 1, p. 157. 2002.

³⁴⁰ Nesse sentido: LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 95; STEINBACH, Armin. EC liability for non-compliance with decisions of the WTO DSB: the lack of judicial protection persists. **Journal of World Trade**, v. 43, n. 5, p. 1048 - 1049. 2009.

³⁴¹ Em outro exemplo, na experiência norte-americana, como na maioria dos Estados, a ação legislativa, por envolver processos políticos mais complicados, é mais lenta nos casos em que as violações da OMC podem ser corrigidas por meio de medidas administrativas sob o controle do executivo (WILSON, Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement ruling: the record to date. **Journal of International Economic Law**, v. 10, n. 2, p. 399. 2007).

³⁴² Dessa forma, medir a conformidade a partir da implementação das normas internacionais é uma tarefa difícil, porque a coerção interna varia de acordo com cada sistema político doméstico (HAAS, Peter M. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 22. 1997.

tornou ineficaz pela própria morosidade do judiciário brasileiro em proferir em tempo razoável uma decisão definitiva.³⁴³

Além disso, perder-se-ia a principal vantagem do mecanismo de retaliação, qual seja, criar incentivos sem se imiscuir nas instituições nacionais, uma vez que o efeito direto transformaria os tribunais domésticos em órgãos subalternos ao OSC. Nesse diapasão, por mais paradoxal que possa parecer, aprimorar o cumprimento por meio da legalização seria prejudicial, pois, ao invés de neutralizar a influência de grupos protecionistas, mobilizaria os detratores do livre comércio internacional³⁴⁴ contra a supremacia das decisões OMC e em defesa da democracia representativa e da soberania nacional.³⁴⁵

Nesse diapasão, o efeito direto insere-se nas discussões a respeito da força normativa obrigatória desejada para o direito da OMC, portanto, deve ser avaliado pelos atores políticos e concebido em termos de interesses públicos, sob pena de afastar, ao contrário de aproximar, os Estados da organização. A falta de efeito, por um lado, fortalece a legitimidade democrática dos Estados, por outro, favorece os mais poderosos e reduz o cumprimento das normas da OMC e das decisões do OSC, por isso, traduz com perfeição a necessidade de coexistência entre o direito e a política longe da enganadora ideia do cumprimento perfeito.³⁴⁶

De fato, dentre os mais destacados problemas dos mecanismos de indução ao cumprimento das normas e decisões da OMC figura a ausência do cumprimento automático do direito da OMC, incapaz de produzir efeitos diretos nos direitos nacionais. Todavia, dotá-lo de tais poderes teria produzido, desde a sua gênese, consequências contrárias às pretendidas com a sua criação. A complexidade de algumas questões demanda respostas não estritamente jurídicas ou políticas, senão conjuntas.

³⁴³ VARELLA, M. D. Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 52, n. 2, p. 19. 2009.

³⁴⁴ É alto o índice de participação dos grupos domésticos nos debates sobre o comércio internacional (PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. **International Organization**, v. 42, n. 03, p. 445. 1988).

³⁴⁵ Nesse sentido: MOVSESIAN, Mark L. Enforcement of WTO rulings: an interest group analysis. **Hofstra Law Review**, v. 32, n. 1, p. 18 - 21. 2003; GOLDSTEIN, Judith; MARTIN, Lisa L. Legalization, trade liberalization, and domestic politics: a cautionary note. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 632. 2000.

³⁴⁶ TRACHTMAN, Joel P. Bananas, direct effect and compliance. **European Journal of International Law**, v. 10, n. 4, p. 676 - 678. 1999.

Outrossim, os Estados não foram obrigados a abdicarem de suas preferências em temas mais sensíveis. O conceito de “margem nacional de apreciação”³⁴⁷ foi recebido pela OMC sob a forma do conceito de “nível aceitável de risco” — o nível de risco que um Estado aceita impor a sua própria população com o comércio de dado produto — e permite interpretações diferentes de um mesmo texto normativo sobre temas politicamente sensíveis, a partir de uma análise estruturada de riscos.³⁴⁸ Casos há em que a OMC permite a um Estado, que não aceita correr o mesmo nível de risco aceito pelos demais, adotar um padrão de segurança acima dos outros — materializado em suas políticas públicas, por exemplo, de proteção à saúde de seus cidadãos e à preservação ambiental de seu território — e tomar uma medida restritiva de maneira unilateral, se conseguir demonstrar que almeja afastar riscos reais ou ao menos potenciais. É possível até mesmo aos Estados mais fracos adotarem níveis de risco mais criteriosos sem serem retaliados pelos Estados mais fortes, em termos práticos e desde que permitida pela OMC, pode significar a definição de barreiras sanitárias ou técnicas sobre os produtos das maiores economias mundiais. Geralmente, um grande exportador não muda seu processo produtivo para atender um pequeno mercado. Contudo, o Estado mais fraco nessa relação pode impedir a entrada do produto considerado inadequado.³⁴⁹

Para o juspositivistas, o direito internacional deita raízes no princípio *pacta sunt servanda* (os compromissos assumidos devem ser honrados), destarte, o cumprimento das normas internacionais depende do consentimento dos Estados. Desse modo, há uma relação direta entre o quanto um Estado voluntariamente consente com um acordo internacional, especialmente os acordos comerciais no âmbito da OMC, e o quanto esse acordo reflete os interesses estatais e isso é o que verdadeiramente determina sua conformidade, conformidade

³⁴⁷ A margem nacional de apreciação, caracterizada pela diversidade das práticas domésticas, é a chave para o “pluralismo ordenado”. Por um lado, exprime a resistência nacional à integração (dinâmica centrífuga), por outro, limitada por princípios comuns, impõe um limite de compatibilidade que retorna ao centro (dinâmica centrípeta). Entretanto, há vários aspectos da margem nacional de apreciação, tais como a diversidade de valores religiosos e sociais, que implicam dificuldades para operacionalizá-la (DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné**, Paris: Seuil, 2005, v. II, p. 78).

³⁴⁸ A título de exemplo, elencam-se, cronologicamente, os seguintes contenciosos em que essas questões foram discutidas: OSC/OMC, Comunidades Europeias – Medidas sobre carnes e produtos de carne (hormônios) (WT/DS26 e 48); OSC/OMC, Estados Unidos – Proibição de importação de determinados produtos e camarão (WT/DS58); OSC/OMC, Comunidades Europeias – Medidas que afetam asbestos e produtos contendo asbestos (WT/DS135); OSC/OMC, Brasil – Medidas que afetam a importação de pneus (WT/DS332); OSC/OMC, Estados Unidos – Medidas relativas à importação, comercialização e venda de produtos de atum (WT/DS381).

³⁴⁹ VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 65, 150 - 154, 172 - 173, 342 e 365.

parcial ou desconformidade aos compromissos assumidos. No embate entre política internacional e direito internacional, os Estados preferem aquela em detrimento deste.³⁵⁰

Os benefícios da legalização do comércio internacional devem considerar os custos políticos internos, conseqüentemente, a mera existência de normas internacionais não basta. Para que desempenhem o papel de previsibilidade e estabilidade aos fluxos comerciais e de investimento nos mercados econômicos internacionais descentralizados é necessária a sua implementação e, nesse ponto, o sistema, não obstante jurídico, é suscetível às posições de poder decorrentes dos interesses dos Estados mais fortes.³⁵¹

Propositalmente, o direito da OMC não foi em sua totalidade redigido em termos imperativos e vinculativos. Por exemplo, o artigo 22.1 do ESC afirma: “nem a compensação nem a suspensão de concessões ou outras obrigações são preferíveis à execução completa de uma recomendação de se adequar uma medida aos acordos abrangidos”. Dessa maneira, dizer que os outros resultados não são desejados é uma forma circular³⁵² de apontar o resultado pretendido, qual seja, o término da violação, porém torna o cumprimento evitável.³⁵³

Nesse diapasão, a conformidade ao direito é opcional e os membros não são obrigados a cumprir as normas da OMC, nem as decisões do OSC, caso lhes seja mais conveniente violá-las e sofrerem a suspensão das concessões ou submeterem-se ao pagamento da compensação, nos termos do artigo 22 do ESC. Todavia, como é possível manter a previsibilidade de um sistema imbuído de irradiar segurança e certeza jurídica para os membros, cuja decisão de cumprir as normas advém dos cálculos de custos e benefícios feitos pelo próprio violador? Ironicamente, a estabilidade e a credibilidade do regime jurídico são definidas pelo descumprimento das normas do pacto, se para o sistema é indiferente a

³⁵⁰ FASAN, Olu. Commitment and compliance in international law: a study of the implementation of the WTO TRIPS agreement in Nigeria and South Africa. **African Journal of International and Comparative Law**, v. 20, n. 2, p. 192 - 193 e 227 - 228. 2012.

³⁵¹ Nesse sentido: JACKSON, John H. **The jurisprudence of GATT and the WTO: insights on treaty and economics relations**. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 07 - 09; GOLDSTEIN, Judith; MARTIN, Lisa L. Legalization, trade liberalization, and domestic politics: a cautionary note. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 632. 2000.

³⁵² A natureza muitas vezes ambígua de compromissos substanciais da OMC, conquanto seja um imperativo diplomático para se obter o consenso necessário ao acordo e um meio normal de criação e desenvolvimento do direito internacional, gera um amplo e perigoso campo suscetível à atuação de juízes ativistas (RAGOSTA, John; JONEJA, Navin; ZELDOVICH, Mikhail. WTO dispute settlement: the system is flawed and must be fixed. **International Lawyer (ABA)**, v. 37, n. 3. p. 698 - 699. 2003).

³⁵³ Nesse sentido: TRACHTMAN, Joel P. The WTO cathedral. **Stanford Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 148. 2007; GUZMAN, Andrew T. Global governance and the WTO. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 2, p. 338. 2004.

conformidade dos seus membros à obrigação primária da organização ou a suspensão das concessões e o pagamento da compensação transmutadas em obrigação primária.³⁵⁴

Desse ponto de vista, na sua redação atual, a igual aplicação do artigo 22 do ESC em contraste com a desigualdade de poder nas relações econômicas internacionais criou um espaço desequilibrado e favorável aos Estados mais poderosos. A solução do artigo 22 não oferece qualquer incentivo ao cumprimento nas circunstâncias em que os benefícios de descumprir superem seus custos de cumprir.³⁵⁵

Em resumo, de acordo com o artigo 22.1 do ESC, a conduta prioritariamente esperada de todos os Estados é o cumprimento do direito da OMC, contudo, eventual descumprimento é tolerado, uma vez que o Estado prejudicado suspenda concessões ou outras obrigações devidas ao Estado infrator, ou que o Estado infrator compense o Estado prejudicado. Assim, o referido dispositivo, ao mesmo tempo em que destaca em primeiro plano o cumprimento, não afasta o descumprimento. Em outras palavras, não se buscou assegurar a estabilidade do sistema jurídico da OMC por meio da imposição aos Estados da figura jurídica de um cumprimento integral e obrigatório, senão pelo equilíbrio entre custos e benefícios decorrentes da decisão estatal de cumprir ou descumprir as normas e decisões da organização. Portanto, a garantia do sistema são os incentivos advindos das benesses econômicas que produz.

Por um lado, para que as relações comerciais internacionais ocorram em um ambiente de segurança e previsibilidade é necessário que a OMC, hoje à sombra de um direito fraco, elimine os incentivos existentes para a inobservância de implementação das obrigações contidas em suas normas e decisões.³⁵⁶

³⁵⁴ Nesse sentido: VAZQUEZ, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 563 - 564. 2002; TRACHTMAN, Joel P. The WTO cathedral. **Stanford Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 132. 2007; PELC, Krzysztof J. Seeking escape: the use of escape clauses in international trade agreements. **International Studies Quarterly**, v. 53, p. 351. 2009.

³⁵⁵ ISLAM, M. Rafiqul. Recent UE trade sanctions on the US to induce compliance with the WTO ruling in the foreign sales corporations case: its policy contradiction revisited. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 3, p. 488. 2004.

³⁵⁶ Nesse sentido: NGANGJOH, Yenkong; RIOS-HERRAN, Roberto. WTO dispute settlement system and the issue of compliance: multilateralizing the enforcement mechanism. **Manchester Journal of International Economic Law**, v. 1, n. 3, p. 30. 2004; BUSCH, Marc L.; REINHARDT, E. Bargaining in the shadow of the law: early settlement in GATT/WTO disputes. **Fordham International Law Journal**, v. 24, n. 1, p. 160 e 168. 2001.

É ingrata a tarefa dos acadêmicos do direito internacional de demonstrar que a adjudicação compulsória não é condição necessária tampouco suficiente para a eficácia do regime jurídico da OMC.³⁵⁷ A transição de um sistema baseado no poder para um sistema baseado no direito tem por alicerce normas e decisões internacionais cogentes, que são implementadas e cumpridas pelos Estados.³⁵⁸

O “cumprimento obrigatório” em contraponto ao “benefício da barganha” serve para que os Estados possam auferir os direitos acordados e afastar os deveres com os quais não concordaram no momento da negociação e assim evitar o ativismo judicial do OSC, materializado em interpretações ambíguas (vistas pelos painelistas como ambiciosas), que na verdade violam o direito da OMC, a exemplo do contencioso “FSC”, em que as demandas da CE contra os Estados Unidos compensaram os excessos norte-americanos nos contenciosos “Bananas” e “Hormônios”.³⁵⁹

Dessa forma, a hermenêutica das normas da OMC feita pelo OSC deve ser a mais estrita possível, cuidando para não extrapolar a sua própria competência processual e nem criar “novos direitos e deveres” para Estados soberanos. O ativismo judicial reduz a capacidade das decisões do OSC de induzirem o cumprimento do direito da OMC.³⁶⁰

Com efeito, lamentavelmente, muitas vezes a natureza cogente do OSC tem se traduzido, na prática, em um indesejado ativismo judicial e uma inadequada jurisprudência, que transbordam o consentimento consubstanciado nos acordos celebrados pelos Estados e enfraquecem a própria organização, criando resistências entre os membros.

Por outro lado, um sistema fortemente orientado ao direito pode produzir resultados contrários aos pretendidos, criando resistências entre os seus membros e, conseqüentemente, enfraquecendo o próprio regime internacional, mormente, quando a parte transgressora é um

³⁵⁷ HELFER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a theory of effective supranational adjudication. **Yale Law Journal**, v. 107, n. 2, p. 278, 285 - 286 e 290. 1997.

³⁵⁸ Nesse sentido: KHANSARI, Azar M. Searching for the perfect solution: international dispute resolution and the new world trade organization. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 20, n. 1, p. 189. 1996; PAUWELYN, Joost H. Enforcement and countermeasures in the WTO: rules are rules - toward a more collective approach. **American Journal of International Law**, v. 94, p. 338. 2000; HARPAZ, Marcia Don. China's WTO compliance-plus anti-dumping policy. **Hebrew University of Jerusalem**, v. 45, n. 4, p. 735. 2011.

³⁵⁹ RAGOSTA, John; JONEJA, Navin; ZELDOVICH, Mikhail. WTO dispute settlement: the system is flawed and must be fixed. **International Lawyer (ABA)**, v. 37, n. 3. p. 698 - 699. 2003.

³⁶⁰ Nesse sentido: REINHARDT, Eric. Adjudication without enforcement in GATT disputes. **The Journal of Conflict Resolution**, v. 45, n. 2, p. 192. 2001; RAGOSTA, John; JONEJA, Navin; ZELDOVICH, Mikhail. WTO dispute settlement: the system is flawed and must be fixed. **International Lawyer (ABA)**, v. 37, n. 3. p. 751 - 752. 2003.

Estado economicamente poderoso e, portanto, essencial para o funcionamento do sistema de comércio mundial. Isso não significa que a OMC não deva se juridicizar, senão, reconhecer a sua natureza é híbrida, tanto jurídica quanto diplomática, e, enfim, eleger o que é mais adequado para o cumprimento de suas normas e decisões, a adjudicação ou a negociação.³⁶¹

A fim de evitar custos soberanos para os Estados, o ESC não buscou o cumprimento perfeito das normas comerciais internacionais por meio de sanções duras definidas por um órgão jurídico internacional e aplicadas pelo equivalente internacional a uma força policial coercitiva, senão introduziu mecanismos como a suspensão e a compensação, ou seja, remédios menos invasivos,³⁶² o que não autoriza os Estados a cumprirem apenas aquilo com que concordam, porém não afasta o poder volitivo dos membros. Destarte, qualquer reflexão sobre uma maior conformidade com as normas e decisões da OMC é tanto uma questão jurídica quanto política.³⁶³

É ilusória a ideia de cumprimento perfeito, porquanto promete, via coerção e monitoramento, a conformidade obrigatória às normas e decisões da OMC contrárias aos seus interesses, contudo, sem as necessárias “válvulas de escape”, entrega aos membros um sistema marcado pela crescente judicialização e ativismo jurídico.³⁶⁴

³⁶¹ DILLON JR., Thomas J. The World Trade Organization: a new legal order for world trade? **Michigan Journal of International Law**, v. 16, n. 2, p. 398 e 401. 1995.

³⁶² Os remédios para violação da norma ou do contrato servem a um número de funções na sociedade e são concebidos para punir os transgressores separadamente dos efeitos sobre a promoção do cumprimento eficiente (TRACHTMAN, Joel P. The WTO cathedral. **Stanford Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 131. 2007). Em alguns modelos econômicos de negociações comerciais, os mecanismos de indução ao cumprimento dependem apenas da probabilidade e do tamanho da retaliação. Porém, outros fatores são certamente mais importantes. Primeiro, importantes atores dentro de cada Estado têm, muitas vezes, interesse na conformidade, por exemplo, consumidores, exportadores e importadores. Segundo, mesmo quando um membro discorda sobre um caso particular, ele o respeita, porque continua a acreditar que um sistema geral de comércio baseado em normas servirá melhor aos seus interesses. Terceiro, a reputação é valorizada e influencia diretamente interesses no acordo em curso e na negociação de novos acordos. O mesmo se diga da reciprocidade, ou seja, os Estados estão cientes de que o cumprimento da sua parte influencia a probabilidade de que outros cumprirão a deles, em outras palavras, concessões politicamente dolorosas não serão feitas, caso se tenha pouca fé no cumprimento dos compromissos assumidos por um parceiro de negociações. Quarto, os Estados geralmente têm relações em curso em outras esferas (LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 92).

³⁶³ Nesse sentido: JACKSON, John H. International law status of WTO dispute settlement reports: obligation to comply or option to “buy out”? **American Journal of International Law**, v. 98, n. 1, p. 122. 2004; VAZQUEZ, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 565. 2002; HUDEC, Robert E. Broadening the scope of remedies in WTO dispute settlement. In: WEISS, Friedl (Coord.). **Improving WTO dispute settlement procedures: issues and lessons from the practice of other international courts and tribunals**. London: Cameron May, 2000. p. 369.

³⁶⁴ COLARES, Juscélino F. The limits of WTO adjudication: is compliance the problem? **Journal of International Economic Law**, v. 14, n. 2, p. 404. 2011.

Dessa maneira, um sistema de sanções mais duras não é incompatível com a estrutura normativa e com o sistema de solução de controvérsias da OMC, no entanto, a flexibilidade dos mecanismos de execução do órgão, permissiva ao descumprimento temporário das normas e decisões do órgão, mediante compensação ou suspensão, trata-se de um expediente utilizado apenas em circunstâncias excepcionais e que serve como uma valiosa válvula de segurança sistêmica, fundamental para que os membros adiram a um sistema de liberalização comercial internacional que retém parte de suas liberdades de ação e consigam contornar as pressões políticas domésticas em virtude do cumprimento pleno de decisões adversas do OSC.³⁶⁵

Nesse contexto, a OMC equilibra a flexibilidade extracontratual e a segurança jurídica, por meio do instrumento jurídico da não conformidade, a fim de acomodar os interesses políticos e econômicos dos membros mais poderosos em um sistema multilateral de comércio internacional dotado de grande assimetria de poder. O adensamento de juridicidade comprometeria as negociações, sempre mais políticas do que jurídicas, num ambiente de multilateralismo econômico, dificultando a liberalização do comércio mundial. Portanto, as situações de descumprimento, além de raras, não implicam mudanças permanentes de um direito melhor compreendido como uma “regra de propriedade” e não uma “regra de responsabilidade”.³⁶⁶

A natureza vinculativa da obrigação de um Estado cumprir as normas da OMC deve ser desmembrada em “se cumprir”, ou seja, exigência incondicional, exauridos os vinte dias de prazo do período de execução, e “como cumprir”, isto é, liberdade de escolha dos meios de solução da disputa. Assim, a possibilidade de negociação entre as partes maximiza a eficácia das normas e das decisões da OMC. A aplicação de sanções ocorre apenas diante da recusa do

³⁶⁵ Nesse sentido: ZIMMERMAN, Claus D. Toleration of temporary non-compliance: the systemic safety valve of WTO dispute settlement revisited. **Trade, Law and Development**, v. 3, n. 2, p. 404 - 405. 2011; JACKSON, John H. International law status of WTO dispute settlement reports: obligation to comply or option to “buy out”? **American Journal of International Law**, v. 98, n. 1, p. 122. 2004.

³⁶⁶ Nesse sentido: COLARES, Juscelino F. The limits of WTO adjudication: is compliance the problem? **Journal of International Economic Law**, v. 14, n. 2, p. 405. 2011; VARELLA, M. D. Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 52, n. 2, p. 06. 2009; ZIMMERMAN, Claus D. Toleration of temporary non-compliance: the systemic safety valve of WTO dispute settlement revisited. **Trade, Law and Development**, v. 3, n. 2, p. 406. 2011.

rêu em cumprir a decisão do OSC, portanto, o sistema torna-se eficiente ao aumentar o custo da violação sem aumentar o custo do cumprimento do direito da OMC.³⁶⁷

Portanto, a relação entre o caráter obrigatório da norma e o incentivo ao cumprimento dela é determinada por mecanismos³⁶⁸ e circunstâncias que em certos contextos tornam útil o cumprimento das normas ao permitirem decisões políticas flexíveis em situações específicas.³⁶⁹

A título de exemplo de como a conformidade é promovida pela interação entre direito e política, na seara europeia, esses padrões de conformidade às normas da OMC tanto reforçaram o cumprimento do direito do comércio internacional pela União Europeia (UE), quanto tornaram as restrições ao comércio internacional dependentes mais das conveniências políticas dos Estados-membros do que de mecanismos coercitivos. Destarte, o cumprimento das normas da OMC não é institucionalmente garantido, senão resulta de um cálculo político de acordo com os interesses dos atores domésticos dos Estados-membros, porém, a conformidade não se reduziu simplesmente a uma questão de conveniência política doméstica e o fortalecimento de instituições internacionais, como o sistema de resolução de litígios, afeta os processos políticos e, por consequência, contribui para o cumprimento das normas.³⁷⁰

Realmente, para se entender como funciona o cumprimento do direito da OMC é necessária uma digressão à época em que a organização foi criada, ressaltando a natureza e a extensão dos poderes que os membros entenderam idôneo conferi-la. Longe de ser um demérito, a ideia, excepcional e temporariamente utilizada, de cumprimento imperfeito, ou seja, aquele em que o cumprimento não constitui em si uma obrigação para os Estados, traz em seu bojo a vantagem da flexibilidade, desde a negociação dos acordos fundacionais até a definição do sistema de resolução de disputas no âmbito da organização, além de parecer ser a

³⁶⁷ Nesse sentido: STEINBACH, Armin. EC liability for non-compliance with decisions of the WTO DSB: the lack of judicial protection persists. **Journal of World Trade**, v. 43, n. 5, p. 1068 - 1069. 2009; GUZMAN, Andrew T. International tribunals: a rational choice analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, n. 1, p. 226 - 227 e 229. 2008.

³⁶⁸ Esses mecanismos são idênticos àqueles das teorias das relações internacionais, sugerindo que uma ampla cooperação internacional nem sempre requer a legalização, no caso específico do comércio internacional, a legalização não é pressuposto de sua liberalização (GOLDSTEIN, Judith; MARTIN, Lisa L. Legalization, trade liberalization, and domestic politics: a cautionary note. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 622 e 630. 2000).

³⁶⁹ TRACHTMAN, Joel P. Bananas, direct effect and compliance. **European Journal of International Law**, v. 10, n. 4, p. 656 - 657 e 677. 1999.

³⁷⁰ PRINCEN, Sebastiaan. EC compliance with WTO law: the interplay of law and politics. **European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 556 - 557 e 574. 2004.

mais adequada às questões comerciais internacionais, sem comprometer sobremaneira a previsibilidade do sistema jurídico.

Dessa forma, em algumas circunstâncias, um cumprimento direto, imediato e integral não é necessário, em outras, sequer desejado, portanto, é ilusória a ideia de que os regimes internacionais sejam conjuntos de normas cogentes, ou seja, impostas em caráter absoluto. Na verdade, a partir de “níveis aceitáveis de descumprimento”, cada Estado busca para si o melhor nível de cumprimento, desde que a impunidade eventual de algumas violações não ameace a credibilidade e a efetividade de todo o regime internacional.³⁷¹

Em termos normativos, o objetivo desse incompleto direito comercial internacional não é induzir sempre ao cumprimento. As normas da OMC não devem ser entendidas, por exemplo, como aquelas que proscrevem o genocídio, mas como instrumentos flexíveis, que permitem o descumprimento, em alguns casos e desde que os prejudicados sejam indenizados. Portanto, consoante o conceito de “violação eficiente”,³⁷² e embora seja mais difícil aos

³⁷¹ Nesse sentido: TRACHTMAN, Joel P. Bananas, direct effect and compliance. **European Journal of International Law**, v. 10, n. , p. 656 e 677. 1999; CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler; MITCHELL, Ronald B. Managing compliance: a comparative perspective. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 49 e 51; KOCS, Stephen A. Explaining the strategic behavior of states: international law as system structure. **International Studies Quarterly**, v. 38, n. 4, p. 543 - 544. 1994.

³⁷² Acerca da métrica de eficiência, o critério chamado do “Ótimo de Pareto” afirma que um resultado é eficiente, quando atinge uma situação de equilíbrio, ou seja, no momento em que os custos igualam-se aos benefícios em transações livres entre os agentes. Todavia, esse critério gera inevitáveis ganhadores e perdedores e obstáculos às mudanças (a título de exemplo, legislativas ou de políticas públicas), portanto, aplicado ao direito e à ideia de justiça, necessita ser combinado com outro critério, o de Kaldor-Hicks, pelo qual a eficiência das trocas econômicas decorre da compensação feita pelos beneficiados aos prejudicados (HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 275 - 276. 2015). E, ainda, um estado de coisas “P” é superior em termos de Pareto a outro estado de coisas “Q” se, e somente se, mover-se de “P” a “Q” não piora a situação de nenhum indivíduo e melhora, pelo menos, a situação de um deles, ou seja, “P” é superior em termos de Pareto a “Q” se ninguém prefere “Q” a “P” e se pelo menos uma pessoa prefere “P” a “Q”. Entretanto, a maioria das trocas do mundo real não podem ser classificadas de acordo com os padrões parentianos. Diante desse problema, Kaldor-Hicks-Scitovsky ampliaram a classificação de Pareto ao desenvolverem a ideia de compensação potencial, isto é, um estado de coisas “P” é eficiente em termos Kaldor-Hicks a outro estado de coisas “Q”, se, depois de mover-se de “Q” a “P”, os ganhadores compensarem os perdedores. Todavia, o princípio de Kaldor-Hicks não configura um índice de utilidade. Consoante o paradoxo de Scitovsky, “P” pode ser eficiente em termos de Kaldor-Hicks em relação à “Q” e “Q” pode ser eficiente em termos de Kaldor-Hicks em relação à “P”, contudo, “P” não pode conter mais utilidade total que “Q”, ao mesmo tempo em que “Q” contém mais utilidade total que “P” (ROEMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. 2. ed. México: ITAM, 2000, p. 27 e 28, nota 66). Assim, o critério Kaldor-Hicks supera o critério Pareto, porém, ainda não afasta a crítica dos deontologistas aos utilitaristas sobre a possibilidade de apoiarem, ou mesmo aceitarem, que a aplicação de determinada norma possa diminuir os direitos das minorias ou dos indivíduos (VÁZQUEZ, Rodolfo. Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 5, p. 148, out. 1996). O utilitarismo não norteia de maneira confiável a solução dos problemas sociais. Todavia, as objeções práticas às implicações lógicas do utilitarismo podem ser contornadas caso se substitua a utilidade pela riqueza, na qualidade de variável a ser maximizada, e a entenda como a soma de tudo a que uma sociedade confere valor em termos mercadológicos. A justificativa para esse sistema não é ética, senão

juristas da tradição romano-germânica aceitá-lo, deve-se induzir ao cumprimento, quando o cumprimento é eficiente, e ao descumprimento, quando não o é.³⁷³

Assim, a “violação eficiente”, conceito dentro teoria do contrato, permite a violação quando os custos domésticos de cumprimento são maiores do que os benefícios do descumprimento mediante a compensação da parte prejudicada.³⁷⁴ Todavia, aos acadêmicos interessados no estudo da conformidade e do primado do direito, remanescem como questões críticas por que, quando e como a OMC induz o cumprimento de suas normas e decisões.³⁷⁵

Para a análise econômica do direito internacional, o tratado apresenta uma estrutura jurídica semelhante ao contrato, ou seja, gera uma expectativa entre as partes sobre os comportamentos futuros de acordo com os direitos e os deveres entre si convencioneados. Diante disso, a “teoria dos preços”³⁷⁶ ensina que o cumprimento do direito internacional será

pragmática (POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 99, 102, 107). Nesse diapasão, a fim de reconciliar utilidade, liberdade e, até mesmo, igualdade aos princípios éticos, Posner constrói a teoria de justiça “eficientista”, ou seja, a eficiência como pedra angular ética do direito, por meio da qual a justiça das normas e das instituições é avaliada pelo critério da capacidade de contribuir (ou não) para a maximização de riqueza da sociedade. A sua teoria fica numa posição intermediária entre duas tradições filosóficas rivais: a deontologia kantiana e o utilitarismo benthamiano, ao reter, ao mesmo tempo, a definição de autonomia e consenso de Kant, por um lado, e o conceito consequencialista de moralidade e justiça e a ideia de cálculo individual como força motriz das relações sociais de Bentham, por outro (SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner. Latin American and Caribbean Law and Economics Association**, p. 6 - 7, ago. 2008). Assim, para Posner, a maximização da riqueza é um critério de eficiência e contam apenas as preferências de mercado expressas em termos monetários, dessa maneira, afastam-se os problemas da medição, da moralidade e dos limites enfrentados pelo utilitarismo. O autor parte da ideia de que os sistemas que promovem liberdade e autonomia são melhores do que aqueles que as restringem. Surgem controvérsias quando a eficiência prevalece sobre a justiça, todavia, promover o uso eficiente dos recursos não exclui as metas da justiça, desde que, quando ambas se contraponham, haja uma troca transacional. Conquanto difícil, deve-se formular normas, cujos escopos sejam alcançar tanto eficiência, quanto justiça (ROEMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. 2. ed. México: ITAM, 2000, p. 29 - 30, 32, 34, 38 - 40). Como se a ideia de justiça interessasse somente aos juristas e a de eficiência aos economistas. Não é possível construir uma sociedade melhor se separarmos justiça e eficiência (VÁZQUEZ, Rodolfo. **Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 5, p. 143 e 152, out. 1996).

³⁷³ TRACHTMAN, Joel P. The WTO cathedral. **Stanford Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 130 e 152. 2007.

³⁷⁴ Por conseguinte, as violações às normas de um regime internacional ocorrem apenas quando forem eficientes, em outras palavras, as expectativas de prejuízos levam a níveis ideais de dissuasão (GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1866. 2002).

³⁷⁵ RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 542 - 543 e 554, nota 14.

³⁷⁶ Segundo a teoria dos preços, é possível supor se os custos e benefícios das normas mudarão os comportamentos dos indivíduos (ROEMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. 2. ed. México: ITAM, 2000, p. 16). Analisar as obrigações à luz da teoria dos preços implica considerar o preço (custo) de uma violação como o fator mais importante para o seu cumprimento. O preço seria formado pelos seguintes elementos: (i) o valor dos danos decorrentes de determinado rompimento contratual; (ii) a probabilidade de condenação, a partir da possibilidade de se identificar um comportamento ilícito e de se judicializá-lo. Portanto, haverá pouco incentivo para o cumprimento de um tratado, caso o resultado da multiplicação das variáveis “valor” e “probabilidade” for muito baixo (RIBEIRO, Gustavo Ferreira; CAIADO, Jose Guilherme Moreno. Por

maior, quanto maior for o preço da violação, medido tanto em termos do dano, quanto da existência de instituições capazes de exigir o pagamento dos danos. Dessa maneira, a “teoria da violação eficiente” propugna a violação do contrato quando mais eficiente do que o seu cumprimento.³⁷⁷ O sistema OMC³⁷⁸ permite uma espécie de violação eficiente quando, no âmbito do OSC, autoriza um Estado a manter um comportamento transgressor, caso prefira compensar as partes prejudicadas, ou mesmo sofrer as devidas retaliações.³⁷⁹

Conforme a lógica econômica,³⁸⁰ um sistema coercitivo induz o cumprimento, sempre que, e somente se, o cumprimento trazer mais benefícios do que custos, na linguagem da teoria do contrato, o sistema impede as violações ineficientes e incentiva as eficientes.³⁸¹ Destarte, o sistema OSC/OMC não busca promover a aplicação indiscriminada de sanções formais punitivas às transgressões, senão facilitar as adaptações eficientes por meio da barganha entre os seus membros.³⁸²

A violação temporária das normas suscetível à retaliação ou compensação é limitada a situações específicas como choques econômicos, nada mais é do que a faculdade concedida

que uma análise econômica do direito internacional público? desafios e perspectivas do método no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 253. 2015).

³⁷⁷ A ideia de ruptura eficiente aplicada ao direito internacional, isto é, o rompimento de acordos internacionais quando for mais vantajoso violá-los do que cumpri-los, conforme a lógica de eficiência de Pareto e de Kaldor Hicks, autoriza os Estados a quebrarem os pactos celebrados, mediante compensação. Nesse sentido, nenhuma obrigação internacional é imutável — um texto sacrossanto esculpido numa pedra —, senão flexível o suficiente para que o seu cumprimento ocorra somente quando for melhor para todas as partes. Entretanto, frisa-se que, conforme o direito internacional, um compromisso deve ser cumprido ou renegociado, ou seja, eventual descumprimento unilateral baseado em critérios de eficiência, e embora compensado, constitui um ilícito internacional, se não houver o consentimento da parte prejudicada (HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 276 e 278. 2015).

³⁷⁸ Vale lembrar que o sistema anterior possuía um importante impedimento real ou potencial às violações eficientes (SCHWARTZ Warren F.; SYKES, Alan O. The economic structure of renegotiation and dispute resolution in the World Trade Organization. **Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 1, p. S201. 2002).

³⁷⁹ DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. Economic analysis of international law. **Yale Journal of International Law**, v. 24, n. 1, p. 30 - 33. 1999.

³⁸⁰ Enquanto os árbitros são mais propensos a ver os danos como uma medida punitiva para desencorajar novas violações, os economistas consideram os danos como uma medida da perda de bem-estar líquido causada pela violação em questão (BERNSTEIN, Jason; SKULLY, David. Calculating trade damages in the context of the world trade organization's dispute settlement process. **Review of Agricultural Economics**, v. 25, n. 2, p. 389. 2003).

³⁸¹ Em contraponto, as tentativas de inserir noções contratuais de compensação e violação eficiente no mecanismo de execução da OMC são erradas ou enganosas, porque o sistema legal que caracteriza o regime de comércio internacional é muito rudimentar para admitir tais analogias com contratos domésticos (NZELIBE, Jide. The credibility imperative: the political dynamics of retaliation in the world trade organization's dispute resolution mechanism. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 6, n. 1, p. 254. 2005).

³⁸² SCHWARTZ Warren F.; SYKES, Alan O. The economic structure of renegotiation and dispute resolution in the World Trade Organization. **Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 1, p. S181, S191 - S192 e S204. 2002.

aos Estados-membros de “comprarem” suas obrigações da OMC, independentemente das inevitáveis sanções de reputação.³⁸³

Desse modo, a partir de pressupostos econômicos da teoria do contrato e da teoria dos preços, surge no âmbito da OMC a figura jurídica da “violação eficiente”, segundo a qual o comportamento dos Estados é determinado indiretamente pelo cumprimento das normas e decisões da organização e diretamente pela relação entre os custos e os benefícios de cumpri-las, em outras palavras, sanções punitivas são menos profícuas em dissuadir condutas infratoras ao direito da OMC do que os custos decorrentes da decisão de violá-lo. Portanto, diante dessa peculiar e curiosa característica dos mecanismos de indução ao cumprimento do direito da OMC, pela qual é possível cumprir, descumprindo as normas e decisões da organização, avança-se agora exatamente sobre a questão do descumprimento.

2.5.2 As formas e os fatores de descumprimento

Uma pesquisa³⁸⁴ realizada em 2007, sobre as respostas dos Estados-membros às decisões da OMC, aponta que das 98 decisões finais, proferidas desde 1996, o painel ou o órgão de apelação entendeu que houve violações às normas da OMC em 85 casos (86.7%). Isso quer dizer que não foram encontradas violações em 13 casos. Dos 85 casos de violações, o prazo para o cumprimento ainda não havia se esgotado em 6 deles, e o estado de conformidade de 2 não era claro, deixando 77 casos para a continuação da análise. Desses 77 casos, 53 casos (68.8%) terminaram em aparente cumprimento, o que inclui o cumprimento após ameaças de retaliação³⁸⁵ e, em 19 casos (24.6%), o Estado transgressor fez “gestos de cumprimento”: cumprimento parcial (revisão de algumas, mas não de todas as medidas) em 8 casos; cumprimento discutível (em que o Estado demandado alega ter cumprido, mas o

³⁸³ Nesse sentido: GOLDSTEIN, Judith; MARTIN, Lisa L. Legalization, trade liberalization, and domestic politics: a cautionary note. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 621. 2000; TRACHTMAN, Joel P. The WTO cathedral. **Stanford Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 149. 2007.

³⁸⁴ Para uma descrição mais detalhada dos casos e membros envolvidos, consultar: HORLICK, Gary; COLEMAN, Judith. The compliance problems of the WTO. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, v. 24, n. 1, p. 144 - 147. 2007.

³⁸⁵ Nessa perspectiva, as críticas às deficiências de conformidade do sistema seriam insensatas, pois a suspensão de concessões raramente ocorre, já que são raros os casos de incumprimento após o curso completo do litígio e, mesmo nesses casos, o contencioso favorece os reclamantes durante as negociações comerciais (COLARES, Juscelino F. The limits of WTO adjudication: is compliance the problem? **Journal of International Economic Law**, v. 14, n. 2, p. 404. 2011).

Estado demandante contesta o cumprimento) em 6 casos; cumprimento tÍbio (dos quais 4 estão relacionados à pendência entre EUA e Canadá sobre as madeiras coníferas) em 5 casos. Finalmente, das 98 decisões, 6 dos casos (6.1%) resultaram em descumprimento descarado, tolerado, a contragosto, em todos eles, exceto no litÍgio Comunidade Europeia - Hormônios.³⁸⁶

A seu turno, em outro trabalho sobre os mesmos doze primeiros anos de existência da OMC, chega-se ao índice de cumprimento de 83% dos contenciosos. Os 17% restantes são interpretados de maneira diferente, como contenciosos anteriores à criação da OMC, sendo o novo sistema utilizado para tentar reverter situações já consolidadas nos Estados. A título de exemplo, os contenciosos sobre o regime de importação de bananas, pertinente a dezenas de Estados-membros e polêmico desde os anos 1970; e sobre os hormônios na carne bovina norte-americana,³⁸⁷ cuja implementação da decisão da OMC nos Estados-membros da União Europeia tornou-se politicamente inoportuna devido às crises sanitárias.³⁸⁸

Sobre o mesmo período, mais um estudo revela que em 90% dos 109 casos levados ao painel ou ao Órgão de apelação havia violações das obrigações da OMC. Todavia, o índice de cumprimento das decisões contrárias proferidas tem sido alto, com os membros externando suas intenções de cumpri-las e, na maioria dos casos, já o tendo feito. Assim, o recurso à retaliação foi requerido em apenas 18 contenciosos,³⁸⁹ sendo 9 levados à decisão arbitral, 1 em que o demandado abdicou da medida inconsistente com as normas da OMC e, finalmente,

³⁸⁶ HORLICK, Gary; COLEMAN, Judith. The compliance problems of the WTO. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, v. 24, n. 1, p. 143. 2007.

³⁸⁷ Os críticos têm apontado para o contencioso “Hormônios” como um exemplo da ineficácia dos mecanismos de coerção da OMC. Enquanto as críticas têm algum mérito, pois, efetivamente, não houve o cumprimento pela CE, desconsideram um ponto maior, o de que a retaliação não conseguiu assegurar o cumprimento nesse litÍgio por causa do forte apoio popular na Europa à proibição de carne com hormônios, isto é, a difusão de preocupações genuínas sobre a segurança alimentar e, portanto, a pressão exercida sobre outros grupos exportadores europeus, submetidos às tarifas norte-americanas majoradas, simplesmente não foi suficiente para superar o efeito dessas preocupações no processo democrático (MOVSESIAN, Mark L. Enforcement of WTO rulings: an interest group analysis. **Hofstra Law Review**, v. 32, n. 1, p. 16. 2003). Além disso, serviu para fortalecer e, assim, equilibrar os valores da OMC com os de outros regimes, embora ainda não esteja claro quantas batalhas semelhantes a OMC poderia suportar antes de implodir, tampouco se os Estados menores poderiam “se dar a esse luxo” (KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 723. 2001).

³⁸⁸ VARELLA, M. D. Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 52, n. 2, p. 12. 2009.

³⁸⁹ Uma exposição pormenorizada sobre os casos e membros envolvidos pode ser encontrada em: BABU, R. Rajesh. Remedies for violations of WTO law: the misplaced notion of effectiveness. **Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy**, v. 7, n. 2, p. 459 - 460. 2012.

somente em 8 litígios, o OSC autorizou a retaliação, efetivamente utilizada contra o comércio do demandado em apenas 5 casos.³⁹⁰

Portanto, constata-se que a retaliação é extraordinariamente rara e a retaliação legalmente autorizada o é ainda mais, contudo, observa-se também que, conquanto residual, a ameaça de utilização da retaliação ou o seu efetivo uso nem sempre são suficientes para induzir um cumprimento completo.³⁹¹

Em termos gerais, o nível de cumprimento das decisões da OMC é muito bom para um sistema internacional de solução de controvérsias entre Estados.³⁹² Com expressivos índices de implementação bem-sucedida, o OSC tem sido percebido como um modelo de sistema adjudicatório multilateral internacional eficaz a ser reproduzido em outras áreas do direito internacional. A maioria dos Estados, na maioria dos casos, implementou a maior parte dos relatórios do painel e do órgão de apelação, devido à boa-fé e ao interesse dos membros mais ativos³⁹³ do OSC — que se alternam tanto como demandantes, quanto como demandados —, em garantir a eficácia de um sistema de solução de controvérsias orientado pelo direito, mesmo que isso signifique, por vezes, aceitar e implementar uma decisão adversa.³⁹⁴ Portanto, é do interesse deles que o sistema funcione eficazmente e, na maioria dos casos, os bons números mostram que realmente funciona muito bem e além das expectativas.³⁹⁵

No entanto, em que pese a crescente coercibilidade dos mecanismos de indução ao cumprimento do GATT à OMC, considerando o nível de utilização e o índice de cumprimento

³⁹⁰ WILSON, Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement ruling: the record to date. **Journal of International Economic Law**, v. 10, n. 2, p. 398 - 399 e 402. 2007.

³⁹¹ BUSCH, Marc L.; REINHARDT, E. Bargaining in the shadow of the law: early settlement in GATT/WTO disputes. **Fordham International Law Journal**, v. 24, n. 1, p. 164. 2001.

³⁹² A título de comparação, nos contenciosos da Corte Internacional de Justiça, o percentual de cumprimento das decisões é de 68% (GINSBURG, Tom; MCADAMS, Richard H. Adjudicating in anarchy: an expressive theory of international dispute resolution. **William and Mary Law Review**, v. 45, n. 4, p. 1315. 2004).

³⁹³ A ideia básica é a de que a probabilidade de uma disputa comercial é proporcional à diversidade das exportações de um Estado em relação aos produtos e parceiros, portanto, seria esperada essa presença, no sistema de solução de controvérsias, dos maiores e mais diversificados exportadores. Além disso, o custo do processo é um fator que reduz o número de reclamações dos Estados mais pobres, cujo comércio geralmente envolve valores menores (HENRIK Horn; MAVROIDIS, Petros C.; NORDSTRÖM, Håkan. Is the use of the WTO dispute settlement system biased? **CEPR Discussion Paper 2340**, p. 02. 1999).

³⁹⁴ De acordo com este ponto de vista, existe um equilíbrio, fruto da negociação entre os membros, em que o custo da reparação da transgressão é contrabalançado pela perspectiva de cooperação futura (PELC, Krzysztof J. Seeking escape: the use of escape clauses in international trade agreements. **International Studies Quarterly**, v. 53, p. 350. 2009).

³⁹⁵ Nesse sentido: DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 119 e 125. 2009; MCGIVERN, Brendan P. Seeking compliance with WTO rulings: theory, practice and alternatives. **International Lawyer (ABA)**, v. 36, n. 1, p. 156. 2002; BABU, R. Rajesh. Remedies for violations of WTO law: the misplaced notion of effectiveness. **Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy**, v. 7, n. 2, p. 460. 2012.

de suas decisões como padrões de efetividade, o sistema GATT era mais eficaz.³⁹⁶ Se quanto mais utilizado, mais efetivo é um tribunal, à primeira vista, as estatísticas sugerem que o sistema OMC é superior ao sistema GATT: 432 queixas no âmbito do GATT, entre 1948 e 1994, o que representa uma média de 9.2 disputas por ano, contra, por exemplo, 313 queixas no âmbito da OMC, de 1995 a 2003, o que significa uma média de 34.7 disputas por ano. Todavia, uma leitura mais cuidadosa perceberá que a média do número de membros do GATT é de 105 Estados, enquanto a da OMC é de 132, o que se traduz num índice de 0.20 reclamações por Estado por ano para o GATT, e 0.28 para a OMC. A diferença entre ambos os sistemas seria insignificante, não fosse o fato de que quanto maior a interação entre os Estados, maior o número de disputas, e o volume de comércio entre os Estados aumentou 38% a partir da década de 1990. A título ilustrativo, tendo por base os conflitos comerciais entre os EUA e o Canadá, ambos os Estados preferiam recorrer ao GATT, mesmo tendo entre si um acordo dotado de mecanismos formais de resolução de litígios. De maneira similar, se quanto mais respeitada forem as suas decisões, mais efetivo é um tribunal, a efetividade continua maior no sistema GATT, quando se trata das disputas comerciais entre EUA e UE, cujo cumprimento é de 33% dos casos (dois de seis contenciosos) no âmbito da OMC, consideravelmente menor do que o cumprimento de 63% dos casos (dez de dezesseis contenciosos) no âmbito do GATT.³⁹⁷

Em contraponto, é preciso considerar que o maior rigor jurídico da OMC incentiva tanto os membros a litigarem, quanto a resolverem seus desentendimentos antes de proferida a decisão do OSC, portanto, é temerário comparar a eficácia de sistemas de solução de controvérsias com naturezas tão distintas, ou mesmo imaginar que a liberalização do comércio internacional dependa exclusivamente da questão do cumprimento do direito do GATT à OMC.³⁹⁸

³⁹⁶ Se os remédios jurídicos aumentam a probabilidade de descumprimento das decisões dos tribunais internacionais e, assim, desestimulam o recurso (ou a ameaça) ao litígio, seus efeitos podem ser mais danosos do que benéficos. Isso explica a ausência de remédios jurídicos na resolução de litígios, não em todas, mas em muitas áreas do direito internacional, exatamente aquelas em que, na prática, esses remédios levam os autores a não litigarem e os réus a ignorarem as decisões dos tribunais, pois o custo da conformidade supera o custo de descumprimento (GUZMAN, Andrew T. International tribunals: a rational choice analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, n. 1, p. 216 - 217. 2008).

³⁹⁷ Nesse sentido: POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. **California Law Review**, v. 93, n. 1, p. 46 - 50. 2005; HORLICK, Gary. Dispute resolution mechanism: will the United States play by the rules? **Journal of World Trade**, v. 29, n. 2, p. 164. 1995.

³⁹⁸ Nesse sentido: VAZQUEZ, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 566. 2002; BUSCH,

Na verdade, a implementação das decisões do sistema jurídico da OMC funciona bem em termos quantitativos, não em termos qualitativos. Realmente, uma taxa de 6.1% de não conformidade não parece nada ruim, porém, a maior parte é cumulativa, ou seja, não desaparece, o que significa um crescente descumprimento dos casos. A título de comparação, o sistema de solução de controvérsias do GATT não funcionou em 12% dos 207 casos registrados,³⁹⁹ o que pavimentou as contundentes mudanças produzidas na Rodada Uruguai. Nesse contexto, os 25% de cumprimento não integral somados aos casos de pleno cumprimento demasiadamente moroso chamam a atenção da opinião pública internacional para que sejam, no mínimo, promovidas reformas na OMC.⁴⁰⁰

Dessa maneira, o quadro da OMC não é assim tão róseo se considerarmos a “qualidade do cumprimento”, isto é, a modificação do comportamento transgressor, sem medidas futuras violadoras da decisão, e o “tempo de cumprimento”, ou seja, o decurso temporal no painel e no órgão de apelação consoante o “período de tempo razoável” prescrito no ESC e a implementação no prazo fixado na decisão. Depois de um longo período de tempo, a implementação de uma decisão perde o sentido prático e isso aconteceu com 75% das medidas contestadas nos casos de defesa comercial na primeira década de resolução de litígios da OMC.⁴⁰¹

Diante disso, a conformidade estatal deve ser medida pela alteração tempestiva de uma política ilegal após uma decisão desfavorável do OSC. A temporização do cumprimento é

Marc L.; REINHARDT, E. Bargaining in the shadow of the law: early settlement in GATT/WTO disputes. **Fordham International Law Journal**, v. 24, n. 1, p. 168. 2001.

³⁹⁹ Contudo, outra pesquisa chega a números diferentes, quais sejam, de que apenas dois quintos das decisões do GATT resultaram em plena conformidade pelos demandados e de que, em cerca de um terço delas, os demandados rejeitaram as decisões do painel. Os registros da OMC seriam muito melhores, mesmo considerando os resultados negativos de alguns contenciosos como “Bananas” e “Hormônios” (BUSCH, Marc L.; REINHARDT, E. Bargaining in the shadow of the law: early settlement in GATT/WTO disputes. **Fordham International Law Journal**, v. 24, n. 1, p. 167 - 168. 2001).

⁴⁰⁰ Nesse sentido: MOINUDDIN, Mustafa; SENGSAVANG, Vilakone. WTO dispute settlement and the problems of compliance: does cross-retaliation under TRIPS provide a remedy? **Yokohama Journal of Social Sciences**, v. 15, n. 4, p. 79, 2010; HORLICK, Gary; COLEMAN, Judith. The compliance problems of the WTO. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, v. 24, n. 1, p. 143 - 144. 2007; HUDEC, Robert E. **Enforcing international trade law: the evolution of the modern GATT legal system**. Salem, N.H.: Butterworth Legal Publishers, 1993, p. 630; ALI, Asim Imdad. Non-compliance and ultimate remedies under the WTO dispute settlement system. **Journal of Public and International Affairs**, v. 14, p. 16. 2003.

⁴⁰¹ DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 119 - 120. 2009.

particularmente importante diante da natureza prospectiva do sistema jurídico da OMC e das medidas dilatórias que permite.⁴⁰²

O sistema de solução de controvérsias da OMC é decepcionante quanto à celeridade. O tempo entre o pedido de consulta e a adoção do relatório tem sido sempre mais do que 18 meses. Nos primeiros quatro anos de operação do sistema, o tempo médio somente do painel foi de um pouco mais de 15 meses, diferente da meta do ESC e de 12 ou 9 meses de acordo com a ocorrência ou não de apelação nos casos. Desde então, essa média continua, conquanto os casos sem apelação tenham dobrado. A isso, devem ser acrescidos os 9 meses do período de tempo razoável para a implementação. A morosidade é ainda maior⁴⁰³ quando consideradas as salvaguardas em vigor por períodos que variaram em média por 3 anos.⁴⁰⁴

Por um lado, é mais difícil o cumprimento de decisões de disputas que não são exclusivamente comerciais.⁴⁰⁵ Por exemplo, o cumprimento integral das decisões da OMC no contencioso “Bananas” tornou-se mais problemático em virtude do compromisso da CE de desenvolver a economia das ex-colônias europeias na África, no Caribe e no Pacífico (ACP).⁴⁰⁶ Por outro lado, as questões comerciais e não comerciais geralmente estão relacionadas e produzem impactos entre si, portanto, a resolução de litígios não comerciais no âmbito da OMC, além de contribuir, em tese, de forma mais eficaz para a solução dessas

⁴⁰² CHILTON, Adam S.; BREWSTER, Rachel. Supplying compliance: why and when the US complies with WTO rulings. **Yale Journal of International Law**, v. 39, p. 209 - 210 e 232. 2014.

⁴⁰³ Alguns casos, na verdade, demoram muito mais. No caso CE - Bananas, o relatório foi aprovado em 1997, mas um acordo final somente foi alcançado em 2001 depois da entrada em vigor, por cerca de 2 anos, das medidas retaliatórias, ainda assim, sem cumprimento integral. No contencioso Austrália - salmão, o pedido inicial de painel foi feito em 1997, porém, a implementação não ocorreu até 2000, após um segundo painel. No litígio Canadá - Dairy, o relatório do painel foi adotado em 1999, contudo, a matéria apenas foi resolvida em 2003. Por fim, no caso Comunidade Europeia – direitos *antidumping* sobre as importações de roupa de cama de algodão originárias da Índia, decidido a favor da Índia pelo órgão de apelação em 2001, até uma decisão definitiva, a parte infratora beneficiou-se de um período de três a quatro anos sem ter de cumprir com o que se comprometeu (Nesse sentido: DAVEY, William J. The WTO dispute settlement system: the first ten years. **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 1, p. 50. 2005; HORLICK, Gary; COLEMAN, Judith. The compliance problems of the WTO. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, v. 24, n. 1, p. 141. 2007).

⁴⁰⁴ DAVEY, William J. The WTO dispute settlement system: the first ten years. **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 1, p. 49 - 50. 2005.

⁴⁰⁵ O número e variedade de questões suscetíveis à política de comércio internacional têm crescido nas últimas décadas e vão desde direitos humanos a meio ambiente, regimes internacionais diretamente influenciados pelas negociações comerciais internacionais e cuja mobilização social e política, hoje, elastece o modelo clássico de comércio internacional dos três grupos de interesse: consumidores, importadores e exportadores (GOLDSTEIN, Judith; MARTIN, Lisa L. Legalization, trade liberalization, and domestic politics: a cautionary note. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 604. 2000).

⁴⁰⁶ MCGIVERN, Brendan P. Seeking compliance with WTO rulings: theory, practice and alternatives. **International Lawyer (ABA)**, v. 36, n. 1, p. 156. 2002.

controvérsias,⁴⁰⁷ evita a concorrência entre vários fóruns (pretexto para o expediente de “forum shopping”⁴⁰⁸) num cenário internacional carente de um tribunal superior capaz de resolver tais conflitos.⁴⁰⁹

Outra análise, ainda, debruçou-se sobre quem viola o direito da OMC e desvelou que apenas 17 membros — contando as Comunidades Europeias como 1 membro e não como 27 membros —, ou seja, um pouco mais de 10% de todos os 150 membros da organização, foram objeto de decisão desfavorável ou parcialmente desfavorável do OSC.⁴¹⁰ Sete desses membros sofreram apenas uma dessas decisões: Brasil, República Dominicana, Egito, Guatemala, Indonésia, Tailândia e Turquia. Os outros dez membros tiveram mais de uma dessas decisões (em parênteses o número de casos em que violações do Acordo da OMC foram encontradas): Austrália (2), Chile (2), Índia (4), México (4), Japão (4), Coreia (5), Argentina (6), Canadá (8), CE (16) e EUA (33). Na verdade, os EUA e a CE tiveram várias decisões adversas ou parcialmente adversas, juntos, totalizam quase a metade de todas as decisões contrárias da OMC.⁴¹¹

Apesar do maior poder do mercado, os países desenvolvidos são menos propensos a cumprir as decisões desfavoráveis, pois suas exportações dependem menos do mercado do demandante — cujo PIB (Produto Interno Bruto), muitas vezes, corresponde a uma pequena fração do PIB do demandado — do que o inverso. Numericamente, a taxa de descumprimento (considerando o cumprimento fora do tempo hábil) das decisões adversas de Austrália, Japão,

⁴⁰⁷ Diferentemente da tendência de adjudicação internacional de disputas comerciais e de direitos humanos, no direito ambiental, o uso de uma variedade de estratégias de indução ao cumprimento das obrigações internacionais é preferível aos acordos com procedimentos formais previstos, em parte porque o meio ambiente é um recurso compartilhado, o que encoraja uma espécie de descumprimento coletivo. Todavia, quando os acordos internacionais ambientais envolvem disputas relacionadas ao comércio, os Estados recorrem a procedimentos formais de resolução de disputas, em detrimento de formas mais flexíveis de cumprimento desses acordos (WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1582 - 1584. 1999).

⁴⁰⁸ Em verdade, há um grande debate sobre se a diversidade institucional prejudica ou favorece a cooperação. Entre os diversos sistemas jurídicos internacionais, a paisagem é ora dominada por regimes marcados por certa centralização e hierarquia, ora predomina um complexo de normas e instituições descentralizadas. Diante da proliferação de instituições e o consequente impasse de interpretações jurídicas divergentes oriundas do “forum shopping”, é difícil identificar qual seria o melhor caminho (HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 79, nota 174, 88 e 95. 2012).

⁴⁰⁹ GUZMAN, Andrew T. Global governance and the WTO. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 2, p. 322. 2004.

⁴¹⁰ Para um relato pormenorizado das questões envolvendo esses membros, conferir: WILSON, Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement ruling: the record to date. **Journal of International Economic Law**, v. 10, n. 2, p. 400 - 402. 2007.

⁴¹¹ WILSON, Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement ruling: the record to date. **Journal of International Economic Law**, v. 10, n. 2, p. 398 - 400. 2007.

Canadá, UE e, principalmente, EUA, é de 50%; enquanto os países em desenvolvimento atingiram um índice de menos de 20% de descumprimento das decisões contrárias.⁴¹²

Uma crescente literatura da “paz democrática” defende a ideia, ainda não comprovada, de que a “democracia liberal” favorece o cumprimento das normas e decisões internacionais. Duas características da democracia liberal explicariam essa intuitiva relação causal. A primeira é a independência do judiciário. Dessa forma, quanto mais os Estados reconhecem internamente o primado do direito, mais provável que aceitem as restrições impostas por uma organização ou por um tribunal internacional. A segunda é a proteção aos direitos civis e políticos. Dessa maneira, a mobilização de grupos de interesse domésticos pressiona os Estados democráticos a cumprirem o direito internacional.⁴¹³

Destarte, a combinação entre o respeito ao “império da lei” e o acesso dos indivíduos ao judiciário significa que a soberania nacional pertence aos indivíduos e, assim, o descumprimento de uma norma ou de uma decisão internacional levará os grupos de interesse domésticos nas democracias liberais a cobrarem do Estado a incorporação do direito internacional ao direito interno.⁴¹⁴

Por outro lado, a autoridade vinculativa do OSC tem sido distorcida sob a insígnia de “pró-democrática”, ou seja, responsável pela garantia dos interesses de livre comércio “dos povos”, quando seus Estados não puderem fazê-lo doméstica ou internacionalmente. Ademais, os interesses dos consumidores não são os únicos, portanto, as medidas protetivas comerciais não são necessariamente contrárias aos múltiplos e concorrentes interesses dos indivíduos numa sociedade democrática, a exemplo dos interesses ambientais⁴¹⁵ e trabalhistas.⁴¹⁶

⁴¹² Nesse sentido: WILSON, Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement ruling: the record to date. **Journal of International Economic Law**, v. 10, n. 2, p. 398 - 400. 2007; BUSCH, Marc L.; REINHARDT, E. Bargaining in the shadow of the law: early settlement in GATT/WTO disputes. **Fordham International Law Journal**, v. 24, n. 1, p. 168. 2001; DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 121. 2009.

⁴¹³ HELFER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a theory of effective supranational adjudication. **Yale Law Journal**, v. 107, n. 2, p. 331 - 333. 1997.

⁴¹⁴ Nesse sentido: KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. Legalized dispute resolution: interstate and transnational. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 478 - 479. 2000; HELFER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a theory of effective supranational adjudication. **Yale Law Journal**, v. 107, n. 2, p. 388. 1997.

⁴¹⁵ Além disso, é preocupante que a eficácia de um regime possa impor custos a outro, quando em conflito. O regime de comércio impõe custos aos seus membros pelo desrespeito a um de seus valores em prol de valores de outro regime, por exemplo, a proteção ambiental e, dessa maneira, esse custo é adicionado ao custo padrão de

Ademais, em muitos casos, não é a defesa do “comércio justo” que leva as democracias liberais a iniciarem disputas e serem alvo delas, senão as pressões domésticas de suas empresas. Essa suscetibilidade aos custos da “audiência doméstica” explica porque, na realidade, as democracias liberais são, invariavelmente, as menos propensas a fazerem concessões comerciais nas negociações, cumprirem as normas e resolverem cooperativamente as disputas internacionais. O argumento da paz democrática não consegue explicar um certo padrão de “multilateralismo agressivo”. Na escalada a partir das consultas até o painel, a solução de conflitos comerciais entre litigantes democráticos é mais provável na informalidade das consultas,⁴¹⁷ embora as democracias liberais prefiram o embasamento jurisprudencial e o julgamento por terceiros em um painel, o que explica o aumento vertiginoso das disputas no sistema de resolução de litígios da OMC.⁴¹⁸

Por isso, qualquer analogia entre o sistema de solução de controvérsias do GATT e o da OMC deve levar em consideração a frequência na utilização do mecanismo, a quantidade de Estados-membros e o fluxo das relações comerciais internacionais. Se entendermos esses critérios como indicadores da eficácia, os índices apontam que o GATT era substancialmente mais efetivo do que a OMC. E a situação da OMC fica ainda pior, quando consideramos a integralidade e a celeridade do cumprimento. Os Estados mais poderosos, com especial destaque para as democracias liberais, são os maiores violadores das normas da OMC e os menos inclinados a suportarem as decisões do OSC contrárias aos seus interesses. Os números governam o mundo e, caso a OMC não esteja preparada, os “ventos” do descumprimento de suas decisões podem abalar os seus “alicerces”.

Face aos registros, a OMC possui, indiscutivelmente, o melhor sistema internacional de solução de controvérsias, salvo no que se refere ao cumprimento de suas normas e decisões, portanto, há um espaço considerável para a melhoria da conformidade existente, a

conformidade com os valores do regime ambiental (KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 725. 2001).

⁴¹⁶ RAGOSTA, John; JONEJA, Navin; ZELDOVICH, Mikhail. WTO dispute settlement: the system is flawed and must be fixed. **International Lawyer (ABA)**, v. 37, n. 3. p. 698 - 699. 2003.

⁴¹⁷ Reitera-se que as democracias são mais propensas a resolverem as disputas entre si na fase de consulta do sistema OSC/OMC (HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 85. 2012).

⁴¹⁸ Nesse sentido: REINHARDT, Eric. Aggressive multilateralism: the determinants of GATT/WTO dispute initiation, 1948-1998. **Emory University**, p. 01 - 02 e 26 - 27. 2000; BUSCH, Marc L. Democracy, consultation, and the paneling of disputes under GATT. **The Journal of Conflict Resolution**, v. 44, n. 4, p. 426 - 427 e 443 - 444. 2000.

partir de uma grande reforma, a fim de manter a estabilidade e a previsibilidade do sistema de comércio internacional, em uma palavra, a relevância desse regime internacional.⁴¹⁹

Sem os remédios jurídicos apropriados, os Estados não têm incentivos adequados para cumprir. Se os recursos da OMC forem incoerentes ou estiverem indisponíveis, as normas serão de pouco valor para as partes prejudicadas, particularmente, para as partes mais fracas. Na OMC, em contraste com o antigo brocardo jurídico: “ubi ius, ibi remedium”, há normas, mas nem sempre há uma solução quando elas são violadas. A ineficácia dos seus mecanismos de reparação macula a credibilidade de todo o sistema jurídico, como de fato ressalta o embate entre as mais importantes economias comerciais do mundo, que transcende a seara dos problemas dos países em desenvolvimento.⁴²⁰

Antes e acima de tudo, muitos fatores contribuem para o cumprimento, porém os Estados jamais abdicarão de buscar os seus próprios interesses nas relações internacionais. Portanto, a questão do cumprimento das normas e decisões internacionais deve ir além de uma perspectiva extremamente legalista, rígida e inflexível do regime de comércio e considerar os interesses multifacetados dos membros da OMC.⁴²¹

Todos os dias, a maior parte dos Estados-membros cumpre a maioria das normas e decisões da OMC, antes ainda e até com mais frequência, cumpriam as normas e decisões do GATT.⁴²² Contudo, não obstante em situações excepcionais, tanto os maiores como os

⁴¹⁹ Nesse sentido: DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 122. 2009; ALI, Asim Imdad. Non-compliance and ultimate remedies under the WTO dispute settlement system. **Journal of Public and International Affairs**, v. 14, p. 01. 2003; RAGOSTA, John; JONEJA, Navin; ZELDOVICH, Mikhail. WTO dispute settlement: the system is flawed and must be fixed. **International Lawyer (ABA)**, v. 37, n. 3, p. 752. 2003.

⁴²⁰ Nesse sentido: SHAFFER, Gregory. How to make the WTO dispute settlement system work for developing countries: some proactive developing country strategies. In: _____; MOSOTI, Victor; QURESHI, Asif. Towards a development-supportive dispute settlement system in the WTO. **International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)**, Resource Paper n. 5, p. 05. 2003; TRACHTMAN, Joel P. The WTO cathedral. **Stanford Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 129. 2007; LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 04; BABU, R. Rajesh. Remedies for violations of WTO law: the misplaced notion of effectiveness. **Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy**, v. 7, n. 2, p. 458. 2012; BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth van den. Financial compensation in the WTO: improving the remedies of the WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 1, p. 102 e 109. 2005.

⁴²¹ Nesse sentido: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. Assessing the record and designing strategies to engage countries. In: _____; _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 540 - 541 e 551; COLARES, Juscelino F. The limits of WTO adjudication: is compliance the problem? **Journal of International Economic Law**, v. 14, n. 2, p. 405 - 406 e 435. 2011.

⁴²² Os estudiosos do GATT não raro se surpreendem com o alto nível de cumprimento de suas normas e decisões, apesar de sua dependência de procedimentos juridicamente tíbios (GOLDSTEIN, Judith; MARTIN,

menores Estados-membros já descumpriram o direito da OMC, nesses casos, impotente para impedir ou reverter uma não-conformidade materializada, pelo menos, de quatro formas: (i) descumprimento prévio; (ii) descumprimento temporário; (iii) morosidade; e (iv) descumprimento aberto e disfarçado.⁴²³

É óbvio que a OMC não foi criada para incentivar violações, todavia, mediante um sistema de “violação e compensação”, acomoda o descumprimento temporário das recomendações e decisões do OSC dentro do “prazo razoável de tempo”, previsto no artigo 21.3 do ESC, e diante de circunstâncias excepcionais. Ademais, o Estado-membro ainda pode “comprar” um tempo adicional, independente dos avanços quanto à implementação doméstica, a exemplo do que registra o 107º. relatório apresentado pelo EUA, em 14 de outubro de 2011, sobre a disputa EUA – Seção 211 Lei de Recursos dos Ônibus, de 1998.⁴²⁴

Do pedido de consulta até a implementação, os mecanismos de solução de controvérsias da OMC não incentivam o pronto cumprimento, ao contrário, a permissão de salvaguardas por longos períodos de tempo encoraja a morosidade e a impunidade, não a celeridade, o que não ocorreria caso a retaliação ou a compensação fosse calculada a partir da data de aprovação do relatório ou de constituição do painel ou mesmo antes.⁴²⁵

Um processo rápido e o cálculo retrospectivo e prospectivo são fundamentais não apenas para incentivar o cumprimento do direito da OMC, outrossim para equiparar a retaliação aos danos gerados ou compensar verdadeiramente as perdas. A manutenção do atual sistema representa um “passe livre” para o descumprimento das normas e decisões da OMC até que cesse a violação de uma decisão do OSC ou após o término do “período de tempo razoável”.⁴²⁶

Lisa L. Legalization, trade liberalization, and domestic politics: a cautionary note. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 622. 2000).

⁴²³ HORLICK, Gary; COLEMAN, Judith. The compliance problems of the WTO. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, v. 24, n. 1, p. 141. 2007.

⁴²⁴ ZIMMERMAN, Claus D. Toleration of temporary non-compliance: the systemic safety valve of WTO dispute settlement revisited. **Trade, Law and Development**, v. 3, n. 2, p. 403 - 405. 2011.

⁴²⁵ Nesse sentido: DAVEY, William J. The WTO dispute settlement system: the first ten years. **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 1, p. 50. 2005; DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 126. 2009.

⁴²⁶ Nesse sentido: TRACHTMAN, Joel P. The WTO cathedral. **Stanford Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 140. 2007; NGANGJOH, Yenkon; RIOS-HERRAN, Roberto. WTO dispute settlement system and the issue of compliance: multilateralizing the enforcement mechanism. **Manchester Journal of International Economic Law**, v. 1, n. 3, p. 15 - 16. 2004.

Em vários contenciosos, envolvendo não poucos Estados-membros, também estende-se por anos o processo posterior à decisão do órgão de apelação, quando os Estados-membros não mais podem alegar desconhecer a violação, revelando a clara intenção de procrastinar o cumprimento das obrigações. Por isso, a não-conformidade e os atrasos são as principais deficiências do sistema de solução de controvérsias da OMC.⁴²⁷

Dessa maneira, o aumento do valor da compensação ao longo do tempo incentivaria uma implementação mais rápida, a exemplo do que fez a Comunidade Europeia no caso “FSC”, cujo reajuste de 1% ao mês sobre uma longa lista de produtos dos EUA elevou o montante para 4 bilhões de dólares e gerou, assim, um incentivo para a mudança de comportamento. Entretanto, as sanções crescentes ao longo do tempo são uma forma drástica de mudança e, portanto, devem ser projetadas com muito cuidado, a fim de que não produzam efeitos contrários aos pretendidos, ou seja, criem resistências nos Estados-membros à implementação e, conseqüentemente, desestimulem o comércio internacional.⁴²⁸

Ademais, contenciosos há em que a parte perdedora decide abertamente descumprir uma decisão adversa, não há exemplo de descumprimento mais aberto do que o caso Comunidade Europeia - Hormônios, de 1998, em que a retaliação não cessou as medidas europeias incompatíveis com as normas da OMC, tampouco a compensação (e nem poderia) ressarcir os prejudicados, em que pesem os danos à reputação dos transgressores. Nesse caso, o máximo que os mecanismos de solução de controvérsia da OMC conseguiram foi evitar a escalada de conflitos comerciais.⁴²⁹

A seu turno, a título de exemplo de descumprimento disfarçado, o sítio da OMC registra o cumprimento da decisão do órgão de apelação pelo demandado no caso EUA - chumbo e bismuto, não, porém, o pagamento de milhões de dólares à companhia prejudicada. Em outro exemplo, na disputa entre Canadá e Brasil, sobre os subsídios dos jatos, ambas as partes “reestruturaram” seus programas de subsídio, o que na realidade significou a manutenção dos mesmos subsídios maquiados sob o rótulo de programas “novos”, portanto, a

⁴²⁷ Nesse sentido: HORLICK, Gary; COLEMAN, Judith. The compliance problems of the WTO. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, v. 24, n. 1, p. 142. 2007; DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 122. 2009.

⁴²⁸ DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 126 - 127. 2009.

⁴²⁹ LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 92.

possibilidade de aplicação de contramedidas não desempenhou o papel esperado de induzir o cumprimento das normas de um sistema verdadeiramente vinculativo.⁴³⁰

Destarte, há diversas modalidades, de acordo com o momento (descumprimento prévio), o tempo (descumprimento temporário e morosidade) e a maneira (descumprimento aberto ou disfarçado) como o descumprimento ao direito da OMC materializa-se. Em um sistema jurídico em que o cumprimento de suas normas e decisões não deve obrigatoriamente ocorrer, é imprescindível criar mecanismos, desde que não contraproducentes, com efeitos retrospectivos e prospectivos, equipados de sanções progressivas no decorrer do tempo, a fim de afastar o oportunismo de condutas morosas, violadoras — tanto ostensiva quanto camufladamente — e calcadas na impunidade.

Ademais do aqui propor alinhavados: (i) incluir a arbitragem, por ser um meio mais rápido e menos caro de se resolver os conflitos comerciais internacionais; (ii) conferir o “poder de demandar” apenas aos Estados que cumprirem integralmente as suas obrigações quando demandados; (iii) autorizar a participação de partes não estatais interessadas no processo de disputa.⁴³¹

Existem vários fatores responsáveis por uma maior desconformidade entre o comportamento dos países desenvolvidos e as normas da OMC,⁴³² bem como pela incapacidade do OSC em determinar o cumprimento das suas decisões, quando esses Estados figuram na condição de partes perdedoras nas disputas: (i) falta de transparência; (ii) situações de ausência de pressão da comunidade internacional; (iii) aspectos estruturais do sistema de solução de controvérsias; (iv) receio de perda de soberania.⁴³³

⁴³⁰ Nesse sentido: HORLICK, Gary; COLEMAN, Judith. The compliance problems of the WTO. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, v. 24, n. 1, p. 142. 2007; SULLIVAN, Helena D. Regional jet trade wars: politics and compliance in WTO dispute resolution. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 12, p. 72 e 107 - 108. 2003.

⁴³¹ IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 628. 2002.

⁴³² O apoio aos acordos internacionais é geralmente maior nos Estados cujas economias são mais fracas, mais abertas e mais dependentes do comércio externo do que nos Estados mais autossuficientes, cujo custo de um não acordo é baixo e, portanto, celebram menos acordos internacionais e, quando os fazem, negociam mais duramente (PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. **International Organization**, v. 42, n. 03, p. 443. 1988).

⁴³³ BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 164. 2001.

A ausência de transparência⁴³⁴ é uma das principais razões do descumprimento do direito internacional, porque somente ciente das violações é que a opinião pública internacional é capaz de pressionar os Estados por mudanças. Conquanto sejam sanções indiretas dotadas de pequeno poder de coerção, conseguem ajustar os comportamentos estatais às normas internacionais.⁴³⁵

A pressão internacional pelo cumprimento passa pelo consenso da comunidade internacional sobre a equidade das normas e a correção da decisão internacional. Dessa maneira, um sistema orientado pelo direito favorece as pressões da comunidade internacional pelo cumprimento do direito internacional.⁴³⁶

Embora as normas do GATT tenham sido sempre obrigatórias, no sentido jurídico, a OMC foi criada, mormente, para corrigir deficiências organizacionais do GATT,⁴³⁷ como algumas normas consideradas impróprias e decisões de seu mecanismo de solução de controvérsias incapazes de determinar a conduta dos Estados. Destarte, os autores da OMC projetaram um novo sistema de regulação do comércio internacional, cujas disposições ficassem imunes às realidades políticas domésticas dos Estados-membros. Entretanto, essas mudanças destinadas a melhorar os níveis de cumprimento das normas e reduzir o uso de medidas comerciais unilaterais não se preocuparam em alterar os princípios existentes.⁴³⁸

⁴³⁴ A “transparência” aqui considerada refere-se também às informações concernentes aos parceiros, às organizações e às normas e processos estabelecidos por um tratado. Além de disponível tanto para os atores estatais, quanto para os subestatais, essas informações devem ser precisas, confiáveis e legítimas (CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler; MITCHELL, Ronald B. Managing compliance: a comparative perspective. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 43).

⁴³⁵ Nesse sentido: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. A Framework for Analysis. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 04; CHEN, Sijie. China's compliance with WTO transparency requirement: institution-related impediments. **Amsterdam Law Forum**, v. 4, n. 4, p. 28 - 29. 2012; GOLDSCHMIDT, Mark R. The role of transparency and public participation in international environmental agreements: the north american agreement on environmental cooperation. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, v. 29, n. 2, p. 353. 2002.

⁴³⁶ Nesse sentido: HUDEC, Robert E. The new WTO dispute settlement procedure: an overview of the first three years. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 8, n. 1, p. 09. 1999; BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 166. 2001.

⁴³⁷ Pondera-se que não há precisão na avaliação da eficácia de um sistema, no caso o GATT, sobre o qual não há dados suficientes quanto ao cumprimento de suas decisões (HUDEC, Robert E. **The GATT legal system and world trade diplomacy**. 2. ed. New York: Praeger Publishers, 1990, p. 95).

⁴³⁸ Nesse sentido: DILLON JR., Thomas J. The World Trade Organization: a new legal order for world trade? **Michigan Journal of International Law**, v. 16, n. 2, p. 355. 1995; KHANSARI, Azar M. Searching for the perfect solution: international dispute resolution and the new world trade organization. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 20, n. 1, p. 189. 1996; GOLDSTEIN, Judith; MARTIN, Lisa L. Legalization, trade liberalization, and domestic politics: a cautionary note. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 604. 2000; PRINCEN, Sebastiaan. EC compliance with WTO law: the interplay of law and politics.

Se os mecanismos vinculativos de resolução de conflitos da OMC, a exemplo da impossibilidade de se bloquear uma decisão adversa de um painel, trouxeram, por um lado, mais negociações, por outro, acabaram por produzir mais morosidade e descumprimento do direito da OMC pelas partes perdedoras.⁴³⁹

Ademais, a criação de um mecanismo de apelação tornou as decisões finais ainda mais demoradas ao estimular a revisão das decisões dos painéis. O problema central permaneceu intocado: um Estado que violou uma norma internacional sabe que o fez e o fez por causa de pressões políticas internas, as mesmas que atuarão sobre ele para que recorra ao tribunal de segunda instância, mesmo quando não deva fazê-lo.⁴⁴⁰

Com a criação do órgão de apelação, passou a ser possível recorrer das decisões adversas do painel. Se o recurso não for bem-sucedido, a parte perdedora poderá: (i) cumprir a decisão da OMC; (ii) manter a prática ilegal, sob pena de ser retaliada ou ter de compensar a outra parte pelas perdas; ou (iii) desconsiderar completamente a decisão. A título de exemplo, nos litígios “Hormônios” e “Bananas”, as partes vencidas criaram longos atrasos e, depois, ignoraram a decisão da OMC. Imprecisão e generalidade da decisão e inconsistência e contradição na argumentação são alguns problemas no processo de apelação que levaram a quadros de descumprimento do direito da OMC.⁴⁴¹

Dois casos são ilustrativos das referidas inconsistências e contradições. No litígio Estados Unidos - Normas para gasolina modificada e convencional, o órgão de apelação afirmou a importância dos significados diferentes das palavras usadas no artigo XX do GATT e, em seguida, interpretou como sinônimos as expressões “discriminação arbitrária”, “discriminação injustificável” e “restrição disfarçada”. No litígio Índia – Proteção de patente para produtos químicos farmacêuticos e agrícolas, o órgão de apelação determinou que a Índia deveria se submeter ao artigo 70.9 do TRIPS, a partir de 01 de janeiro de 1995, quando entrou

European Journal of International Law, v. 15, n. 3, p. 556. 2004; MORA, Miquel Montana I. A GATT with teeth: law wins over politics in the resolution of international trade disputes. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 31, n. 1, p. 121. 1993.

⁴³⁹ BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 165. 2001.

⁴⁴⁰ Nesse sentido: JOERGENSEN, Konstantin J. True appellate procedure or only a two-stage process? A view of the appellate body under the WTO dispute settlement understanding. **Law and Policy in International Business**, v. 30, n. 2, p. 195. 1999; HORLICK, Gary. Dispute resolution mechanism: will the United States play by the rules? **Journal of World Trade**, v. 29, n. 2, p. 169. 1995.

⁴⁴¹ BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 165 - 166. 2001.

em vigor o Acordo Constitutivo da OMC, desconsiderando o período de transição para países em desenvolvimento, prescrito no artigo 70.8 do TRIPS.⁴⁴²

A exemplo do órgão de apelação e do “consenso negativo”, o mecanismo de monitoramento do artigo 21 do ESC fortaleceu juridicamente o sistema de solução de controvérsias da OMC ao permitir, a partir de então, a análise de conformidade. No artigo 21.5 do ESC, o termo “painel” refere-se a um painel de cumprimento e não a um painel inicial.⁴⁴³ Entretanto, esse expediente envolve outra questão das mais controversas sobre o regime de comércio internacional da OMC: os efeitos da implementação dos acordos da Rodada Uruguai sobre a soberania dos Estados-membros. Exsurge o debate a respeito do conflito entre as normas domésticas adequadamente promulgadas e as normas supranacionais. Quando aderem à OMC, os Estados-membros abrem mão de parte do direito à autodeterminação, porém não do direito de determinar o próprio direito.⁴⁴⁴

Na sociedade internacional não há nenhum “governo internacional” para controlar os “tribunais internacionais” por meios “democráticos”, portanto, o direito internacional, somente pode criar as obrigações com que as partes concordam. Mesmo no caso específico do OSC, ainda há muito a caminhar no sentido de um ambiente judicial vinculativo com as proteções processuais necessárias a um devido processo legal.⁴⁴⁵

Desde a criação da OMC, questiona-se um sistema de comércio internacional que atinge a soberania estatal ao impedir o bloqueio de decisões adversas e a imposição de sanções unilaterais, ou seja, em tese, os Estados-membros delegam a capacidade de ação em nome dos seus cidadãos a burocratas de um organismo internacional e, portanto, relutam em cumprir as decisões contrárias. Se tiverem de decidir entre a violação das suas próprias soberanias e a não-conformidade ao direito da OMC, os Estados-membros podem preferir suportar as sanções retaliatórias e compensatórias ao cumprimento das decisões do OSC, enfraquecendo o sistema jurídico da OMC, a exemplo do que aconteceu no litígio

⁴⁴² JOERGENS, Konstantin J. True appellate procedure or only a two-stage process? A view of the appellate body under the WTO dispute settlement understanding. **Law and Policy in International Business**, v. 30, n. 2, p. 218 - 219. 1999.

⁴⁴³ KEAMS, Jason; CHAMOVITZ, Steve. Adjudicating compliance in the WTO: a review of DSU article 21.5. **Journal of International Economic Law**, v. 5, n. 2, p. 332 e 352. 2002.

⁴⁴⁴ Nesse sentido: HORLICK, Gary. WTO dispute settlement and the Dole commission. **Journal of World Trade**, v. 29, n. 6, p. 45 - 46. 1995; KIMBLE, Tina Potuto. Anticipatory compliance with WTO rules and the erosion of U.S. sovereignty. **QLR**, v. 25, n. 1, p. 97 e 115. 2006; LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 93 e 98.

⁴⁴⁵ RAGOSTA, John; JONEJA, Navin; ZELDOVICH, Mikhail. WTO dispute settlement: the system is flawed and must be fixed. **International Lawyer (ABA)**, v. 37, n. 3. p. 698 - 699. 2003.

“Hormônios”, em que, impedida de determinar o nível de proteção que considera adequado à saúde seus próprios cidadãos, a União Europeia utilizou todos os expedientes possíveis para atrasar o cumprimento da decisão, até, por fim, descumpri-la.⁴⁴⁶

Além disso, o “cumprimento antecipado”, não menos questionável do que o “cumprimento obrigatório”, corrói a soberania dos Estados-membros ao influenciar o advento de normas domésticas compatíveis com as normas da OMC.⁴⁴⁷

Com efeito, não importa qual a razão da pressão da comunidade internacional, se basta a ciência de eventual descumprimento das normas e decisões da OMC ou se é necessário estar motivada da iniquidade de uma medida comercial unilateral, ela opera como fator de cumprimento do direito da OMC, principalmente pelos países desenvolvidos. Em sentido contrário, figuram muitas vezes as inovações — e o uso que se faz delas — no sistema de resolução de litígios da OMC, a exemplo das medidas retaliatórias e dos mecanismos de apelação e monitoramento, em especial quando a soberania dos Estados é aviltada, por exemplo, pela imposição interna de obrigações internacionais (“cumprimento antecipado”).

De outra banda, embora o sistema de solução de controvérsias da OMC, caracterizado pela neutralidade e equidade de suas decisões, seja responsável pelo crescimento exponencial do número de demandas entre Estados-membros com acentuadas diferenças de poder político e econômico, há muitos fatores que influenciam a desconformidade dos países em desenvolvimento às decisões do painel e do órgão de apelação: (i) a pressão política e econômica dos países desenvolvidos sobre o processo de solução de controvérsias; (ii) o descumprimento das decisões da OMC pelos países desenvolvidos; (iii) os aspectos técnicos do sistema de solução de controvérsias da OMC; (iv) a falta de capacidade técnica e de recursos financeiros aos países em desenvolvimento; (v) a impossibilidade dos países em desenvolvimento de utilizarem o mecanismo da retaliação.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Nesse sentido: BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 167. 2001; BERMANN, Suzanne. EC-hormones and the case for an express WTO postretaliation procedure. **Columbia Law Review**, v. 107, n. 1, p. 158, nota 167. 2007.

⁴⁴⁷ KIMBLE, Tina Potuto. Anticipatory compliance with WTO rules and the erosion of U.S. sovereignty. **QLR**, v. 25, n. 1, p. 97 - 98 e 115. 2006.

⁴⁴⁸ IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 615 - 616, 621 e 649. 2002.

A preponderância dos interesses políticos e econômicos dos poderosos Estados-membros do “Quad” — os EUA, a UE, o Japão e o Canadá — nos litígios do OSC desestimulam as demandas dos países em desenvolvimento.⁴⁴⁹ Se na teoria o regime da OMC é orientado pelo direito, na prática, suas estruturas estão “baseadas no poder” e são ditadas pelo “império da força”. A título de exemplo, os contenciosos Estados Unidos - restrições às importações de algodão e Comunidade Europeia - regime de importação, venda e distribuição de bananas demonstram claramente que os Estados da América Latina, da África, do Caribe e do Pacífico podem demandar norte-americanos e europeus, em virtude da violação às normas do comércio internacional, contudo, intimidados e pressionados, não obterão êxito.⁴⁵⁰

A despeito da melhora dos mecanismos de implementação no âmbito da OMC, as dificuldades em reverter juridicamente a desconformidade dos países desenvolvidos às normas do comércio internacional constituem um péssimo precedente e incentivam o descumprimento por parte dos países em desenvolvimento.⁴⁵¹

A credibilidade do sistema de solução de controvérsias da OMC depende da sua capacidade de induzir o cumprimento de todas as decisões do OSC, independentemente dos interesses envolvidos na disputa. Um sistema internacional com recursos ambíguos, decisões imprecisas e ordens de reparação dúbias, ou seja, incapaz de determinar a maneira como as normas e as decisões devem ser implementadas, produz efeitos assimétricos e pressões desiguais sobre os Estados, favorecendo os Estados fortes, que podem tanto descumprir as suas obrigações, quanto forçar o cumprimento das obrigações dos Estados fracos.⁴⁵²

⁴⁴⁹ Ademais, os países em desenvolvimento sempre foram excluídos das discussões sobre o comércio internacional. O poder econômico também se desenrola em termos socioeconômicos, pois o impacto de uma disputa comercial entre um país desenvolvido e um país em desenvolvimento é certamente maior para este (IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 618. 2002).

⁴⁵⁰ Nesse sentido: IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 616 - 617. 2002; KHANSARI, Azar M. Searching for the perfect solution: international dispute resolution and the new world trade organization. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 20, n. 1, p. 197. 1996.

⁴⁵¹ Nesse sentido: KHANSARI, Azar M. Searching for the perfect solution: international dispute resolution and the new world trade organization. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 20, n. 1, p. 189. 1996; IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 625. 2002.

⁴⁵² Nesse sentido: ISLAM, M. Rafiqul. Recent UE trade sanctions on the US to induce compliance with the WTO ruling in the foreign sales corporations case: its policy contradiction revisited. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 3, p. 488. 2004; SHAFFER, Gregory. How to make the WTO dispute settlement system work for

Outrossim, o sistema jurídico da OMC é cada vez mais visto pelos países em desenvolvimento como demasiadamente legalista, demorado, complicado e sobrecarregado de questões que lhes são desvantajosas, como propriedade intelectual, investimentos, entre outras.⁴⁵³

Entretanto, em que pesem esses problemas, é inegável que os mecanismos de resolução de litígios da OMC promoveram avanços jurídicos, tornando-se necessário capacitar os representantes dos países em desenvolvimento e estimulá-los a participar mais ativamente do sistema, a fim de que estejam adequadamente preparados para e habituados com as disputas comerciais, somente assim poderão beneficiar-se desse complexo regime de comércio internacional. A falta de capacidade técnica, isto é, a incapacidade de identificar violações comerciais e demandar contra elas, impossibilita os países em desenvolvimento de conhecerem as vantagens que o sistema de solução de controvérsias da OMC pode lhes proporcionar. Muitas vezes, basta a mera ameaça de utilização do sistema para os Estados atingirem os fins colimados.⁴⁵⁴

Não obstante a importância de uma representação jurídica capacitada, os países em desenvolvimento e os países de menor desenvolvimento relativo apresentam grandes dificuldades em suportar os custos de um aconselhamento jurídico adequado ou de habilitar especialistas domésticos em assuntos de comércio internacional. Diante dessa incapacidade de utilizar o OSC, a OMC deveria lhes fornecer assistência jurídica, especialmente, na fase de consulta, caso contrário, os países desenvolvidos permanecerão sendo os principais beneficiários do comércio mundial,⁴⁵⁵ e até por isso são os que têm mais a perder se o mundo

developing countries: some proactive developing country strategies. In: _____; MOSOTI, Victor; QURESHI, Asif. Towards a development-supportive dispute settlement system in the WTO. **International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)**, Resource Paper n. 5, p. 38. 2003; HUDEC, Robert E. Broadening the scope of remedies in WTO dispute settlement. In: WEISS, Friedl (Coord.). **Improving WTO dispute settlement procedures: issues and lessons from the practice of other international courts and tribunals**. London: Cameron May, 2000. p. 372.

⁴⁵³ IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 622. 2002.

⁴⁵⁴ Nesse sentido: MCBRIDE, Thaddeus. Rejuvenating the WTO: Why the U.S. must assist developing countries in trade disputes. **International Legal Perspectives**, v. 11, n. 1, p. 91. 1999; IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 622 e 642 - 644. 2002.

⁴⁵⁵ Sugere-se observar ao longo do tempo se os dados empíricos confirmam a suspeita de que esse comportamento tornou-se discriminatório, ficando os países ricos — aqueles mais capazes de arcar com o custo interno ou externo de se defenderem em litígios no âmbito da OMC — em uma melhor posição do que os países pobres (HORLICK, Gary; COLEMAN, Judith. The compliance problems of the WTO. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, v. 24, n. 1, p. 142. 2007).

em desenvolvimento não for amparado. Essa questão não foi contemplada nos acordos da OMC, todavia, urge que os países desenvolvidos empenhem esforços para atender as necessidades de assistência técnica dos países em desenvolvimento, a fim de que o OSC esteja mais comprometido em melhorar as condições do comércio internacional do que com as manobras políticas orquestradas pelos Estados poderosos.⁴⁵⁶

Tanto por razões políticas, quanto jurídicas, algumas propostas buscam que os países desenvolvidos e a OMC honrem suas obrigações auto-impostas de auxiliar os países em desenvolvimento na melhora de suas capacidades técnicas: (i) a formação de técnicos em comércio internacional feita por voluntários jurídicos internacionais e pela própria OMC, em pelo menos vinte Estados por ano; (ii) o oferecimento de sessões interativas na OMC; (iii) a disponibilização de vagas em cursos preparatórios nas universidades dos países desenvolvidos; e (iv) o estabelecimento centros de assistência jurídica independente. Entretanto, entre essas iniciativas, excluem-se os escritórios particulares de advocacia, geralmente mais interessados em prolongar as disputas e receber altos honorários do que em capacitar os funcionários dos países em desenvolvimento e, assim, romper um ciclo de dependência.⁴⁵⁷

Intimamente ligada à capacidade técnica está a questão dos recursos financeiros, a maior dificuldade de participação no sistema de solução de controvérsias para os países em desenvolvimento, ou seja, o problema dos fundos⁴⁵⁸ para iniciar as investigações sobre as

⁴⁵⁶ Nesse sentido: MCBRIDE, Thaddeus. Rejuvenating the WTO: Why the U.S. must assist developing countries in trade disputes. **International Legal Perspectives**, v. 11, n. 1, p. 71 e 100 - 101. 1999; BUSCH, Marc L.; REINHARDT, E. Bargaining in the shadow of the law: early settlement in GATT/WTO disputes. **Fordham International Law Journal**, v. 24, n. 1, p. 172. 2001; IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 644. 2002; KHANSARI, Azar M. Searching for the perfect solution: international dispute resolution and the new world trade organization. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 20, n. 1, p. 184. 1996.

⁴⁵⁷ Nesse sentido: IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 645 - 646. 2002; MCBRIDE, Thaddeus. Rejuvenating the WTO: Why the U.S. must assist developing countries in trade disputes. **International Legal Perspectives**, v. 11, n. 1, p. 71. 1999.

⁴⁵⁸ Os fundos são importantes, porquanto capacitam os Estados a cumprirem as obrigações internacionais, que passam a ser percebidas como equitativas (WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. Assessing the record and designing strategies to engage countries. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 546). Todavia, conquanto cada parte de um tratado queira que a outra o cumpra, nenhuma quer pagar para que o cumprimento da outra ocorra (CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler; MITCHELL, Ronald B. Managing compliance: a comparative perspective. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998, p. 53).

violações comerciais e demandar no OSC. Muitas vezes, é o setor privado que arca com esses elevados custos.⁴⁵⁹

Ao criar um sistema pautado pela igualdade de tratamento jurídico dos membros, o ESC não se torna ilegítimo, ao contrário, essa é exatamente a medida da legitimidade de um sistema jurídico. Contudo, o ESC deve também estar preocupado em reduzir a desigualdade de fato das relações internacionais, isto é minimizar, ao invés de potencializar, as disparidades de poder existentes, no caso, as acentuadas diferenças de capacidades e recursos entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento no exercício de direitos e deveres, embora mesmo no plano doméstico essas diferenças nunca sejam totalmente neutralizadas, sob pena de ter comprometida a sua própria eficácia.⁴⁶⁰

O objetivo de um sistema pautado pelo direito é garantir a todas as partes as mesmas condições. Sem um nível adequado de capacidade jurídica e experiência, a desigualdade entre fortes e fracos será permanente e a legitimidade da OMC será questionada. Um sistema juridicamente orientado não garante, por si só, resultados eficientes, porém, ainda assim, um sistema com base no “primado do direito” é mais vantajoso para os países em desenvolvimento do que um sistema baseado no poder e nas relações de poder.⁴⁶¹

De fato, o OSC não conseguiu substituir totalmente o direito à força pela força do direito. Enquanto as decisões jurídicas produzirem impactos acentuadamente distintos entre as partes envolvidas devido às suas diferenças econômicas, é ilusório pensar em algo além da igualdade formal no direito da OMC. Não que a ideia de isonomia traga em si algum demérito, ao contrário, revela os avanços jurídicos da organização, porém, a abissal distância econômica entre os Estados explica porque os países desenvolvidos são tanto aqueles que mais descumprem as normas e decisões do comércio internacional, quando lhe são adversas, quanto os que mais detêm as condições de impô-las, quando lhe são favoráveis, às partes mais fracas, desprovidas de capacidade técnica e recursos financeiros necessários a uma adequada

⁴⁵⁹ Nesse sentido: IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 646. 2002; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 85. 2012.

⁴⁶⁰ VAZQUEZ, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 567. 2002.

⁴⁶¹ Nesse sentido: BUSCH, Marc L.; REINHARDT, Eric. Developing countries and general agreement on tariffs and trade/world trade organization dispute settlement. **Journal of World Trade**, v. 37, n. 4, p. 734. 2003; BABU, R. Rajesh. Remedies for violations of WTO law: the misplaced notion of effectiveness. **Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy**, v. 7, n. 2, p. 501. 2012.

atuação no OSC. Nada conseguiria ser mais ilustrativo desse cenário do que os mecanismos retaliatórios de indução ao cumprimento do direito da OMC, a seguir analisados.

2.5.3 As medidas retaliatórias

Desde o sistema GATT, observa-se uma preferência pelos compromissos com força executória e um fortalecimento gradual, ao longo do tempo, da adjudicação compulsória das controvérsias interestatais com delegação de autoridade soberana nos regimes jurídicos que tratam de questões econômicas, particularmente, de comércio internacional.⁴⁶² O tratado fundacional da OMC instituiu mecanismos coercitivos que autorizam a suspensão do comércio, ou seja, impõem custos, muitas vezes, proibitivos, pela violação de suas normas mediante retaliação econômica, portanto, torna a reciprocidade⁴⁶³ o fator principal do cumprimento das decisões do OSC e estabelece o debate sobre se a OMC, mesmo sem polícia, gás lacrimogênio, cadeia ou qualquer outro meio para garantir a execução, configura um regime jurídico com coerção própria.⁴⁶⁴

Responsável pelo aumento da cogência das decisões do OSC, a efetividade do sistema OMC baseia-se na engenhosidade de um mecanismo muito criativo e pouco convencional de indução ao cumprimento, considerado ilícito no plano doméstico da maioria dos Estados, que autoriza retaliações econômicas e, assim, restringe as capacidades soberanas estatais por meio de conflitos políticos internos entre grupos econômicos que se tornam rivais. Destarte, independentemente da natureza administrativa ou legislativa da norma interna ou do valor normativo dos tratados no direito doméstico, ou seja, da internalização das normas internacionais, as decisões do OSC determinam que as normas domésticas, mesmo as de

⁴⁶² O monitoramento e a punição das violações aprofundam a cooperação e explicam o desenvolvimento simultâneo do regime de comércio internacional e dos procedimentos de execução de suas normas (HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 63 - 64. 2012).

⁴⁶³ A efetividade é maior nos subsistemas jurídicos que exigem a reciprocidade, a exemplo do direito do comércio internacional (VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 390).

⁴⁶⁴ Nesse sentido: ALTER, Karen J. Delegating to international courts: self-binding vs. other-binding delegation. **Law and Contemporary Problems**, v. 71, p. 63 - 64, 67 e 71 - 72. 2008; KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 707 - 710. 2001; BELLO, Judith Hippler. The WTO settlement understanding: less is more. **The American Journal of International Law**, v. 90, n. 3, p. 417. 1996.

caráter fundamental (a própria constituição do Estado) devem se adequar às normas da OMC.⁴⁶⁵

O mecanismo da retaliação cruzada promove indiretamente a liberalização do comércio e o cumprimento do direito da OMC, uma vez que impõe a grupos domésticos custos decorrentes do fechamento do mercado do demandante e, dessa maneira, incentiva-os a pressionarem o Estado pela retirada da medida ilegal, tomada para atender aos interesses de grandes grupos protecionistas.⁴⁶⁶ Portanto, sem uma ingerência aberta do demandante, esse instrumento de execução altera o equilíbrio de poder e a influência na política interna dos grupos domésticos do demandado.⁴⁶⁷

Trata-se de um mecanismo que impõe ao Estado transgressor os custos da violação do direito da OMC, a partir da capacidade de monitoramento das violações pelos grupos de interesses e de retaliação (ou meras ameaças críveis de retaliação) do Estado prejudicado, o que torna a estratégia de execução factível e reduz, consideravelmente, os custos políticos da implementação da medida.⁴⁶⁸

Muitas vezes, a simples ameaça de retaliação, como tática de negociação, sem a intenção de realmente litigar, é uma poderosa ferramenta para forçar as partes recalcitrantes a cumprirem os compromissos assumidos. Portanto, o direito da OMC pode produzir efeitos antes mesmo que se recorra ao sistema e sem que sequer seja proferida uma decisão formal do OSC, o que explica a redução do número de painéis no âmbito da OMC. De fato, desde o

⁴⁶⁵ Nesse sentido: VARELLA, M. D. Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 52, n. 2, p. 09 e 14. 2009; VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 211 - 212, 296 e 299; VARELLA, M. D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. **Revista Direito GV**, v. 19, n. 1, p. 56 e 58. 2014.

⁴⁶⁶ Em verdade, o efeito sobre a mobilização de grupos e o equilíbrio entre eles varia de acordo com diversos fatores. Os protecionistas estão em melhor situação em relação aos defensores do livre comércio quanto a questões relacionadas à celebração de novos acordos e os defensores do livre comércio em relação aos protecionistas em questões de conformidade com os acordos existentes (GOLDSTEIN, Judith; MARTIN, Lisa L. Legalization, trade liberalization, and domestic politics: a cautionary note. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 604. 2000).

⁴⁶⁷ Nesse sentido: HORLICK, Gary. Dispute resolution mechanism: will the United States play by the rules? **Journal of World Trade**, v. 29, n. 2, p. 168. 1995; MOVSESIAN, Mark L. Enforcement of WTO rulings: an interest group analysis. **Hofstra Law Review**, v. 32, n. 1, p. 10. 2003.

⁴⁶⁸ NZELIBE, Jide. The credibility imperative: the political dynamics of retaliation in the world trade organization's dispute resolution mechanism. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 6, n. 1, p. 217 e 254. 2005.

GATT, a conformidade é mais provável nos casos em que não é emitida uma decisão formal.⁴⁶⁹

Dessa forma, a dissuasão não depende necessariamente da retaliação, basta uma ameaça de retaliação somada à incerteza do demandado sobre a importância dos grupos de interesse domésticos e os verdadeiros custos políticos da medida para o demandante, cujo incentivo é o de deturpar a situação real, com o fito de estimular o cumprimento das normas do comércio internacional.⁴⁷⁰

E, ainda, vale lembrar que, antes da OMC, a retaliação unilateral tornava-se cada vez mais recorrente. Improvável de ser equilibradamente aferida pela parte prejudicada,⁴⁷¹ a resposta aos danos sofridos era, invariavelmente, dada (mesmo quando apenas uma ameaça) de maneira excessiva.⁴⁷² Diante disso, o advento das sanções formais autorizadas pelo OSC é um modo de neutralizar as sanções unilaterais aplicadas sem uma avaliação imparcial e precisa.⁴⁷³

Entretanto, a efetividade das retaliações autorizadas pelo OSC, como instrumento de política comercial internacional, é alvo de muitas críticas.⁴⁷⁴ Os mecanismos coercitivos são raramente utilizados e não se pode assegurar que melhorem o cumprimento das normas comerciais internacionais.⁴⁷⁵

⁴⁶⁹ Nesse sentido: MCGIVERN, Brendan P. Seeking compliance with WTO rulings: theory, practice and alternatives. **International Lawyer (ABA)**, v. 36, n. 1, p. 157. 2002; BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 164 - 165. 2001; PRINCEN, Sebastiaan. EC compliance with WTO law: the interplay of law and politics. **European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 557. 2004.

⁴⁷⁰ NZELIBE, Jide. The credibility imperative: the political dynamics of retaliation in the world trade organization's dispute resolution mechanism. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 6, n. 1, p. 217 - 218. 2005.

⁴⁷¹ Todavia, mesmo sendo a grande exceção à carência de organismos dotados de jurisdição obrigatória no sistema jurídico internacional, o OSC ainda entrega às partes a determinação, em primeira instância, dos danos sofridos (DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. Economic analysis of international law. **Yale Journal of International Law**, v. 24, n. 1, p. 26. 1999).

⁴⁷² As sanções punitivas retaliatórias, sem serem aplicadas por terceiros neutros a partir de um procedimento de resolução de litígios, geralmente constituem-se em penalidades unilaterais excessivas (GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1867. 2002).

⁴⁷³ SCHWARTZ Warren F.; SYKES, Alan O. The economic structure of renegotiation and dispute resolution in the World Trade Organization. **Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 1, p. S203 - S204. 2002.

⁴⁷⁴ A respeito do cumprimento dos EUA de decisões adversas da OMC, o nível de exportações norte-americanas para um Estado, que é uma medida da capacidade potencial de retaliação deste Estado, não produz efeitos significativos (CHILTON, Adam S.; BREWSTER, Rachel. Supplying compliance: why and when the US complies with WTO rulings. **Yale Journal of International Law**, v. 39, p. 229. 2014).

⁴⁷⁵ Nesse sentido: VARELLA, M. D. Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 52, n. 2, p. 06. 2009; ALTER, Karen J.

Paradoxalmente, a tentativa de aprimorar o sistema de solução de conflitos cria inevitáveis problemas políticos para os Estados e, conseqüentemente, produz uma escalada dos conflitos, evitada no sistema anterior pelo direito de bloquear os relatórios do painel. Alguns casos bloqueados no sistema GATT⁴⁷⁶ apresentam cumprimento problemático no sistema OMC. Caso induzam mais à retaliação do que ao cumprimento do direito da OMC, além de fortemente punitivos, podem se tornar contraproducentes e responsáveis por guerras comerciais.⁴⁷⁷

Nesse diapasão, as sanções comerciais retaliatórias são um remédio autodestrutivo com um impacto mínimo sobre a indução de conformidade, capaz apenas de limitar duplamente o comércio internacional, portanto, não resolve o problema, ao contrário, multiplica-o. Se o objetivo principal da OMC é promover a liberalização comercial e não incentivar medidas restritivas ao comércio, a autorização de barreiras comerciais a fim de se garantir a imposição das decisões do OSC é inconsistente com, senão repugnante a, sua agenda de livre comércio, em outras palavras, trata-se da própria antítese do princípio básico desse sistema multilateral global.⁴⁷⁸

O mecanismo da retaliação aventa a questão sobre se existe sanção comercial no âmbito da OMC,⁴⁷⁹ e impõe custos tanto ao Estado sancionado quanto ao sancionador, ao

Resolving or exacerbating disputes? the WTO's new dispute resolution system. **International Affairs**, v. 79, n. 4, p. 784 e 792. 2003.

⁴⁷⁶ São exemplos de contenciosos antigos, abrasivos politicamente e que não foram solucionados no sistema anterior: OSC/OMC. Comunidades Europeias – Medidas sobre carnes e produtos de carne (hormônios) (WT/DS/26 e 48) e OSC/OMC. Comunidades Europeias – Regime sobre a importação, venda e distribuição de bananas (WT/DS/27).

⁴⁷⁷ Nesse sentido: ALTER, Karen J. Delegating to international courts: self-binding vs. other-binding delegation. **Law and Contemporary Problems**, v. 71, p. 74. 2008; ALTER, Karen J. Resolving or exacerbating disputes? the WTO's new dispute resolution system. **International Affairs**, v. 79, n. 4, p. 788 - 789. 2003; LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 04.

⁴⁷⁸ ISLAM, M. Rafiqul. Recent UE trade sanctions on the US to induce compliance with the WTO ruling in the foreign sales corporations case: its policy contradiction revisited. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 3, p. 472 e 488. 2004.

⁴⁷⁹ Os textos da OMC não utilizam o termo “sanção”, conquanto os recursos do sistema sejam percebidos como tais, a exemplo da retirada de concessões, a fim de se induzir o cumprimento (CHARNOVITZ, Steve. Rethinking WTO trade sanctions. **American Journal of International Law**, v. 95, n. 4, p. 796. 2001). Nesse sentido, o direito de responder a uma violação, conferido pela OMC a um membro, por exemplo, a retaliação, é comum e incorretamente descrito como uma sanção comercial, uma vez que a medida não é necessariamente punitiva, ou seja, em tese, a reação não causa mais danos do que a ação, salvo se o valor do comércio eliminado pela retaliação for maior do que o valor do comércio afetado pela infração. Dessa maneira, apesar de às vezes implicar uma ação punitiva, nem sempre o será (LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 01).

propor compensar um dano econômico com a prática de outro, ferindo os interesses comerciais de ambas as partes, sem garantir o cumprimento das decisões do OSC.⁴⁸⁰

Além disso, nos casos em que o demandado é um Estado grande e rico e o demandante é um Estado pequeno e pobre, cujo total de importações corresponda a uma parte insignificante do comércio internacional,⁴⁸¹ a retaliação cruzada não é um mecanismo eficaz para encorajar o Estado violador à conformidade às normas do comércio internacional, na realidade, pode representar nada mais do que “a picada de um mosquito em um elefante”.⁴⁸²

Ademais, um dos principais motivos da não utilização do direito à retaliação cruzada autorizada pelo OSC a um país em desenvolvimento é o receio de contramedidas não autorizadas dos países desenvolvidos, materializadas na suspensão do Sistema Geral de Preferências (SGP), a exemplo do que se deu com o Equador no caso “Bananas”.⁴⁸³

Segundo um relatório do *General Accounting Office* (GAO), os Estados-membros do antigo GATT — com as exceções da UE, do Japão e do Canadá —, desprovidos de força econômica para retaliar os EUA, simplesmente aceitavam o descumprimento norte-americano. Outrossim, conforme o Departamento de Comércio dos EUA (USTR), aceitar a retaliação é uma forma dos norte-americanos cumprirem uma decisão adversa da OMC, isto é, a retaliação mitiga essa obrigação.⁴⁸⁴

Para avaliar a eficácia das disposições jurídicas retaliatórias é preciso considerar que, sob os auspícios do GATT, a retaliação nunca foi aplicada e, no âmbito da OMC, foi aplicada

⁴⁸⁰ Nesse sentido: CHARNOVITZ, Steve. The WTO's problematic “last resort” against noncompliance. *Aussenwirtschaft*, v. 57, n. 4, p. 439. 2002; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. *California Law Review*, v. 90, p. 1867. 2002; MCGIVERN, Brendan P. Seeking compliance with WTO rulings: theory, practice and alternatives. *International Lawyer (ABA)*, v. 36, n. 1, p. 141. 2002.

⁴⁸¹ Os incentivos gerados mesmo pela ameaça de retaliação operam de forma diferente, de acordo com o Estado que a impõe e que a recebe. Com efeito, a força da sanção depende, em grande medida, do poder relativo dos Estados envolvidos. Por exemplo, um Estado com um grande mercado absorve melhor o custo de uma retaliação do que um Estado com um pequeno mercado e, portanto, está menos propenso a cumprir um tratado de comércio por medo de uma retaliação (HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, p. 502, nota 77, jan. 2005).

⁴⁸² DILLON JR., Thomas J. The World Trade Organization: a new legal order for world trade? *Michigan Journal of International Law*, v. 16, n. 2, p. 400. 1995.

⁴⁸³ Nesse sentido: IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. *Law and Policy in International Business*, v. 33, p. 640. 2002; VARELLA, M. D. Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 52, n. 2, p. 06. 2009.

⁴⁸⁴ HORLICK, Gary. Dispute resolution mechanism: will the United States play by the rules? *Journal of World Trade*, v. 29, n. 2, p. 167. 1995.

em apenas quatro contenciosos: Comunidade Europeia - regime de importação, venda e distribuição de bananas; Comunidade Europeia - medidas sobre carnes e produtos de carne (hormônios); Estados Unidos - Tratamento tributário para “venda de corporações estrangeiras”; Estados Unidos - Lei de 2000, sobre *dumping* e compensação de subsídio; todavia, nos casos “Bananas” e “Hormônios”, o cumprimento não foi significativamente promovido, ou seja, não houve substanciais mudanças nas políticas comerciais desses dois Estados industrializados, e mesmo nos demais casos, conquanto seja indiscutível que a retaliação teve algum efeito sobre a resolução desses conflitos, é difícil identificá-la como o fator principal. Portanto, essas medidas representam mais uma ameaça do que uma garantia ao regime de comércio mundial.⁴⁸⁵

Uma jurisdição compulsória capaz de impor de maneira cogente as suas decisões. Não seria uma equivocada definição para o OSC. A nova e inventiva forma de coerção (ou ameaça de coerção) surgida com o advento da OMC, baseada na reciprocidade, permite a suspensão unilateral das obrigações comerciais, como forma de, em tese, incentivar o cumprimento dos compromissos comerciais assumidos, contudo, ademais de duvidoso na produção dos fins colimados, conforme a latitude de demandantes e demandados, o mecanismo pode, ao contrário, estimular o descumprimento e, ainda, deixar ambas as partes em uma situação pior em termos de livre comércio, com acentuadas consequências econômicas, especialmente, para as economias mais fracas e dependentes do comércio internacional.

Devido às assimetrias do mercado, as fracas economias de muitos países em desenvolvimento estão em posição de desvantagem, pois não conseguem atingir, expressivamente, seus parceiros comerciais mais fortes e não suportam o potencial aumento dos custos da retirada de concessões comerciais. Sem poder de barganha, retaliar os países desenvolvidos não é um meio factível de imposição do cumprimento do direito da OMC. Além disso, há dificuldades quanto à escolha dos produtos e o nível de retaliação. É possível que as medidas retaliatórias prejudiquem as próprias pequenas economias dependentes, em grande parte, desse comércio.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ Nesse sentido: ALI, Asim Imdad. Non-compliance and ultimate remedies under the WTO dispute settlement system. **Journal of Public and International Affairs**, v. 14, p. 13 e 19 - 20. 2003; DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 124. 2009.

⁴⁸⁶ Nesse sentido: IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 625 e 640. 2002; MOINUDDIN, Mustafa; SENGSAVANG,

Enquanto a OMC preserva a igualdade formal entre os seus membros por meio de princípios como a tomada de decisão por consenso e a não-discriminação, a resolução de litígios com base na retaliação torna alguns mais iguais do que outros ao produzir um sistema de duas classes de Estados em que apenas aos mais importantes é permitido violar o direito. Para os outros Estados, a retaliação não é um remédio eficaz, por isso, nunca a utilizaram, mesmo quando autorizados pela OMC. No final, o sistema baseia-se na persuasão do poder e não no poder de persuasão.⁴⁸⁷

A questão da eficácia dos procedimentos de resolução de litígios da OMC assume ainda maior importância quando se constata que mais de três quartos dos seus membros são países em desenvolvimento. Sem um mecanismo de execução objetivo, que não leve em conta riqueza ou poder, a OMC não será uma ferramenta adequada para forjar uma ordem mundial mais justa. Se a incapacidade do OSC de garantir o cumprimento das normas e decisões da OMC pelos Estados mais fortes não for sanada, o órgão apenas reforçará os males do *status quo* internacional, como os desequilíbrios comerciais existentes, e não durará muito a euforia sobre o “grande salto” da OMC. A exemplo do contencioso entre Brasil e EUA sobre o algodão, os países em desenvolvimento não são capazes de forçar o cumprimento por parte dos desenvolvidos. O que se espera é que as mesmas normas tenham o mesmo valor para todas as partes.⁴⁸⁸

As medidas coercitivas da OMC, a exemplo da retaliação cruzada, possuem apenas um “significado virtual” para a maioria dos países em desenvolvimento, por consequência, é controverso considerá-las benéficas a esses Estados.⁴⁸⁹

Diante do fato de que os países em desenvolvimento têm menos poder para induzir o cumprimento pelos países desenvolvidos do que o contrário, seria mais eficaz que as

Vilakone. WTO dispute settlement and the problems of compliance: does cross-retaliation under TRIPS provide a remedy? *Yokohama Journal of Social Sciences*, v. 15, n. 4, p. 80, 2010.

⁴⁸⁷ Nesse sentido: PELC, Krzysztof J. Seeking escape: the use of escape clauses in international trade agreements. *International Studies Quarterly*, v. 53, p. 364. 2009; DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. *Cornell International Law Journal*, v. 42, n. 1, p. 125. 2009; LAWRENCE, Robert J. *Crimes and punishments: retaliation under the WTO*. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 07.

⁴⁸⁸ Nesse sentido: ALI, Asim Imdad. Non-compliance and ultimate remedies under the WTO dispute settlement system. *Journal of Public and International Affairs*, v. 14, p. 04. 2003; MANNING, Brian; RAGAVAN, Srividhya. The dispute settlement process of the WTO: a normative structure to achieve utilitarian objectives. *UMKC Law Review*, v. 79, n. 1, p. 29. 2010.

⁴⁸⁹ Nesse sentido: FOOTER, M. E. Developing country practice in the matter of WTO dispute settlement. *Journal of World Trade*, v. 35, n.1, p. 94. 2001; DILLON JR., Thomas J. The World Trade Organization: a new legal order for world trade? *Michigan Journal of International Law*, v. 16, n. 2, p. 401. 1995.

contramedidas fossem impostas coletivamente, talvez mesmo pela própria OMC, particularmente, quando uma parte não possui capacidade de retaliação bilateral. A aplicação em bloco de medidas defensivas melhora o grau e o tempo de implementação das decisões do OSC, pois eliminaria alguns dos incentivos existentes para o não-cumprimento e, assim, colocaria os interesses econômicos de um grupo à frente dos interesses políticos exclusivos de um único Estado.⁴⁹⁰

Contudo, a criação de um sistema que permita a todos Estados retaliar, a partir da ideia de “retaliação coletiva”, não é nova e implica uma série de problemas, como a aplicação das sanções na quantidade autorizada e o incentivo a um Estado que sofrerá prejuízos comerciais para resolver uma disputa de outro Estado.⁴⁹¹

Por outro lado, rever a política comercial da OMC e tornar a compensação, por meio de ações coletivas, obrigatória e punitiva pode produzir incentivos econômicos suficientes para mesmo os membros mais poderosos cumprirem as decisões do OSC independentemente de suas conveniências políticas e de políticas de poder. O artigo 22 do ESC busca aumentar o cumprimento das normas e decisões da OMC, pois dele depende a concretização do princípio basilar da OMC, a liberalização do comércio global. Mais importante do que o cumprimento casual, é o envolvimento dos Estados-membros da OMC, especialmente os mais poderosos, com o sistema multilateral de comércio internacional.⁴⁹²

O sistema de solução de litígios da OMC escora-se nos modelos “cumprimento-retaliação-cumprimento” e “cumprimento-compensação-cumprimento”. De acordo com o ESC, o uso da compensação como remédio transitório até o cumprimento integral é uma alternativa, no prazo de vinte dias após o fim do período de tempo razoável, que não produz diretamente o cumprimento. A exemplo do que ocorre com a retaliação, destacam-se poucos contenciosos notificados de solução mutuamente aceitável: Japão - Impostos sobre bebidas

⁴⁹⁰ Nesse sentido: IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 626. 2002; DILLON JR., Thomas J. The World Trade Organization: a new legal order for world trade? **Michigan Journal of International Law**, v. 16, n. 2, p. 401. 1995; VAZQUEZ, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 567. 2002; NGANGJOH, Yenkon; RIOS-HERRAN, Roberto. WTO dispute settlement system and the issue of compliance: multilateralizing the enforcement mechanism. **Manchester Journal of International Economic Law**, v. 1, n. 3, p. 30. 2004.

⁴⁹¹ MCGIVERN, Brendan P. Seeking compliance with WTO rulings: theory, practice and alternatives. **International Lawyer (ABA)**, v. 36, n. 1, p. 155 - 156. 2002.

⁴⁹² ISLAM, M. Rafiqul. Recent UE trade sanctions on the US to induce compliance with the WTO ruling in the foreign sales corporations case: its policy contradiction revisited. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 3, p. 488 - 489. 2004.

alcoólicas, 1998 (o Japão compensou comercialmente o Canadá); Turquia - Restrições sobre produtos têxteis e roupas importadas, 2001 (a Turquia compensou comercialmente a Índia); Estados Unidos - medidas de salvaguarda definitivas sobre as importações de tubulação de carbono soldado de alta qualidade da Coreia, 2002 (os Estados Unidos compensaram comercialmente a Coreia); Estados Unidos - Seção 110 (5) da Lei de Direitos Autorais norte-americana, 2003 (os Estados Unidos ofereceram compensação monetária pelos três anos de não-implementação).⁴⁹³

A ideia da compensação de um pagamento monetário em virtude da violação do direito da OMC induziria ao cumprimento de forma mais eficaz do que a retaliação, porque os Estados teriam de suportar os custos, em vez de simplesmente transferi-los a grupos protecionistas domésticos. Todavia, o sistema deve ser ajustado às capacidades financeiras dos membros, tanto os ricos, quanto os pobres, para ser efetivo.⁴⁹⁴

No entanto, não se deve olvidar que, com base no majoritário entendimento doutrinário sobre o texto, contexto (incluindo os trabalhos preparatórios das negociações) e prática do GATT à OMC, o resultado de uma disputa comercial configura uma obrigação internacional de conformidade ao direito da organização, em outras palavras, uma obrigação de direito internacional, não menos limitada, de alterar as medidas inconsistentes e incompatíveis com as normas do comércio internacional.⁴⁹⁵

Não se deve confundir a “obrigação jurídica internacional vinculativa” de seguir o relatório de um painel ou do órgão de apelação com o efetivo cumprimento dela. O próprio direito internacional oferece uma variedade de maneiras de lidar com as violações de tal obrigação, porém, o caráter vinculativo da obrigação é o maior incentivo aos membros de uma organização a cumprirem suas normas e decisões e, a seu turno, o cumprimento do direito internacional é o dado mais significativo da eficácia de um regime jurídico. Portanto, a

⁴⁹³ Nesse sentido: WILSON, Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement ruling: the record to date. **Journal of International Economic Law**, v. 10, n. 2, p. 399. 2007; DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 122 - 123. 2009.

⁴⁹⁴ Nesse sentido: DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 125 - 126. 2009; CHARNOVITZ, Steve. Rethinking WTO trade sanctions. **American Journal of International Law**, v. 95, n. 4, p. 827. 2001.

⁴⁹⁵ Nesse sentido: VAZQUEZ, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 560. 2002; JACKSON, John H. International law status of WTO dispute settlement reports: obligation to comply or option to “buy out”? **American Journal of International Law**, v. 98, n. 1, p. 123. 2004; JACKSON, John H. The WTO dispute settlement understanding: misunderstandings on the nature of legal obligation. **The American Journal of International Law**, v. 91, n. 1, p. 60 - 63. 1997.

avaliação da efetividade do ESC deve levar em conta a indução ao cumprimento das decisões dos painéis e do órgão de apelação da OMC.⁴⁹⁶

Em contraponto, nas situações de descumprimento por parte dos países desenvolvidos em que a retaliação não é uma possibilidade prática para os países em desenvolvimento,⁴⁹⁷ como geralmente ocorre, a compensação é o melhor remédio, mesmo que equivalha aos Estados ricos “comprarem” as suas obrigações.⁴⁹⁸

Preferível à retaliação, o uso da compensação temporária ainda é pequeno, porém, a sua principal dificuldade, a definição de uma adequada compensação, pode ser dada por meio de arbitragem, a exemplo do que ocorreu no caso Lei de Direitos Autorais, entre EUA e CE, com a determinação arbitral das perdas e danos durante o período de implementação.⁴⁹⁹

Nessa esteira, definir o nível de prejuízo facilita a prática da compensação financeira para um Estado prejudicado, dentro de um tempo determinado. Entretanto, ao substituir a retaliação pela compensação, os incentivos ao cumprimento são reduzidos, pois deve haver a anuência da parte transgressora a um mecanismo sem coerção própria e dependente da ação de um grupo pouco influente na política interna, os contribuintes.⁵⁰⁰

Por outro lado, embora seja difícil pensar em compensação obrigatória e automática, quando se trata de um demandado recalcitrante, como as contramedidas atualmente o são, a

⁴⁹⁶ Nesse sentido: JACKSON, John H. International law status of WTO dispute settlement reports: obligation to comply or option to “buy out”? **American Journal of International Law**, v. 98, n. 1, p. 117. 2004; VAZQUEZ, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 555 e 563. 2002.

⁴⁹⁷ Por um lado, o instrumento da compensação financeira no sistema de solução de controvérsias da OMC beneficia, principalmente, os países em desenvolvimento. A organização torna-se mais significativa para mais Estados, suas empresas e seus cidadãos; os prejuízos são reparados; as assimetrias diminuídas; a contração do comércio evitada; e, não menos importante (especialmente para os fins colimados por esta pesquisa), o cumprimento incentivado (BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth van den. Financial compensation in the WTO: improving the remedies of the WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 1, p. 126. 2005). Por outro, a legitimidade desse comportamento é objeto de forte debate, pois apenas os países desenvolvidos teriam a opção de violar e pagar pelos prejuízos causados (KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 712, nota 194. 2001).

⁴⁹⁸ Nesse sentido: IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 628. 2002; DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 122 - 123. 2009.

⁴⁹⁹ MCGIVERN, Brendan P. Seeking compliance with WTO rulings: theory, practice and alternatives. **International Lawyer (ABA)**, v. 36, n. 1, p. 156 - 157. 2002.

⁵⁰⁰ Nesse sentido: DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 123. 2009; NZELIBE, Jide. The credibility imperative: the political dynamics of retaliation in the world trade organization's dispute resolution mechanism. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 6, n. 1, p. 217 e 229 - 230. 2005.

longo prazo, o mecanismo tributaria mais vantagens do que desvantagens para todos os Estados-membros da OMC. A título de exemplo, o OSC poderia, de ofício, autorizar o pedido de um demandante de compensação sob a forma de acesso ao mercado,⁵⁰¹ a arbitragem poderia, outrossim, ser obrigatória, nos casos em que as partes não estejam de acordo sobre o montante da indenização, e, ainda, o atual regime de retaliação, que visa induzir ao cumprimento em vez de compensá-lo, poderia ser mantido.⁵⁰²

Desse modo, é promissora a ideia de um mecanismo de “compromissos de liberalização contingente”, isto é, que possibilite a abertura comercial de setores da economia de um Estado que não cumprir uma decisão da OMC. Destarte, o cumprimento seria incentivado pela pressão dos grupos de interesse domésticos ameaçados por eventuais prejuízos ou compensado com liberalizações previamente autorizadas pelos Estados-membros, afastando as dificuldades de demandantes e demandados negociarem concessões mutuamente aceitáveis. Assim, o sistema OMC preservaria os seus princípios fundacionais e ainda possibilitaria aos Estados menores perseguirem os seus interesses em condição de igualdade com os maiores.⁵⁰³

Na realidade, sem considerar quem a impõe e quem a sofre, os produtos envolvidos e mesmo o grau da aplicação, é anódino analisar a retaliação. E pior ainda quando se leva em conta os Estados envolvidos, pois se constata que o instituto conferiu a apenas alguns deles o “direito” de descumprir as obrigações relativas a determinados produtos e em certas condições. Portanto, a fim de que os mecanismos de indução ao cumprimento do direito da OMC produzam os resultados esperados, particularmente em cenários em que há grande incentivo econômico ao descumprimento, é necessário que os Estados mais poderosos estejam à altura dos compromissos celebrados e, assim, os demais possam dispor de estratégias como a imposição coletiva de contramedidas comerciais, a compensação obrigatória e automática ou mesmo o criativo mecanismo dos “compromissos de liberalização contingente”, não obstante as dificuldades operacionais próprias da lógica dessas táticas.

⁵⁰¹ Na compensação sob a forma de maior acesso ao mercado, a parte demandada poderia, por exemplo, concordar em reduzir tarifas de produtos específicos enquanto se aguarda a retirada da medida ilegal. Fa-lo-ia com base no princípio da nação mais favorecida, o que teria a vantagem de expandir o comércio, ao invés de restringi-lo por meio da retaliação (MCGIVERN, Brendan P. Seeking compliance with WTO rulings: theory, practice and alternatives. **International Lawyer (ABA)**, v. 36, n. 1, p. 154. 2002).

⁵⁰² PAUWELYN, Joost H. Enforcement and countermeasures in the WTO: rules are rules - toward a more collective approach. **American Journal of International Law**, v. 94, p. 345 - 346. 2000.

⁵⁰³ LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 11.

3 OS MECANISMOS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL À LUZ DAS TEORIAS DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Os principais paradigmas das relações internacionais, isto é, o realismo, o institucionalismo, o liberalismo e o construtivismo, possuem valiosos argumentos teóricos a respeito do cumprimento do direito internacional, respectivamente, o poder, as relações de custo e benefício, o papel dos grupos de interesse domésticos e a legitimidade.

Nesse particular, o terceiro capítulo utiliza esses pensamentos como parâmetros de avaliação da conformidade estatal ao direito da OMC nos contenciosos em que as medidas retaliatórias, na condição de mecanismos de indução ao cumprimento, foram autorizadas pelo OSC e aplicadas pelos Estados, quais sejam, “Hormônios”, “Bananas”, “FSC” e “Byrd”.

O estudo empírico dos casos revela que os raciocínios das teorias das relações internacionais não são mutuamente excludentes, ao contrário, são complementares, em outras palavras, a leitura de uma delas não suprime, senão reforça, as demais.

3.1 As teorias das relações internacionais

A partir de pressupostos de racionalidade, delineada a importância de uma fertilização cruzada entre o direito internacional e as relações internacionais, é necessário agora discorrer sobre como os mecanismos de indução das normas internacionais são analisados à luz da teoria e do método das relações internacionais.

Na qualidade de supedâneo intelectual de toda investigação científica, a teoria busca as causas de determinado fenômeno, a fim de entender os fenômenos futuros. Não se tratam de meras descrições ou suposições aleatórias, mas de explicações causais,⁵⁰⁴ por meio de hipóteses testáveis, capazes de orientar futuras análises. Embora seja impossível prever os

⁵⁰⁴ Cada teoria estabelece diferentes mecanismos causais entre as suas variáveis e o fenômeno observado (HAAS, Peter M. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 25. 1997).

eventos futuros, a estrutura das ideias⁵⁰⁵ determina o pensamento internacional e, por consequência, as instituições internacionais, particularmente, o papel do direito nas práticas estatais. Destarte, a perspectiva teórica é fundamental para a compreensão dos fenômenos sociais, a partir de evidências empíricas,⁵⁰⁶ que determinam os programas de pesquisa, cuja utilidade depende da importância das questões envolvidas e da possibilidade de serem analisadas.⁵⁰⁷

Infelizmente, os programas de pesquisa, quando ao invés de antecipar os fenômenos atuais são determinados por eles, tornam-se uma sucessão de tendências transitórias com preocupações momentâneas a respeito dos mais recentes acontecimentos, verdadeiros modismos e efemérides despreocupados com as possibilidades de longo prazo e capazes de mover a comunidade acadêmica como que por uma espécie de “instinto de rebanho”. Nas relações internacionais, geralmente, assumem a forma de “mudança de paradigma”, porém, de fato, repetem sempre o mesmo conhecimento em vez de inová-lo. As relações internacionais não são perfeitas, tampouco possuem verdades eternas,⁵⁰⁸ mas podem e devem impactar o mundo sobre o qual os seus acadêmicos dedicam os seus estudos.⁵⁰⁹

⁵⁰⁵ Não obstante, por conceberem as principais teorias das relações internacionais como contrárias e excludentes, uma análise comum dos acadêmicos consiste em testar hipóteses derivadas de dois ou mais paradigmas, a fim de constatar qual fornece a melhor explicação (ABBOT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n. 1 - 2, p. 16. 2005).

⁵⁰⁶ As orientações teóricas fornecem padrões causais (variáveis independentes), ou seja, diretrizes para o desenvolvimento de projetos de pesquisa, cujos resultados (variáveis dependentes) estão a elas atrelados. Em virtude da ligação entre as orientações teóricas e os projetos de pesquisa, uma posição intelectual é afetada, embora não totalmente determinada, pelas evidências empíricas (KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 646 - 647. 1998).

⁵⁰⁷ Nesse sentido: ACEVES, William J. Institutional theory and international legal scholarship. **American University Journal of International Law and Policy**, v. 12, n. 2, p. 231 e 233. 1997; SCHLEICHER, David. Liberal international law theory and the United Nations mission in Kosovo: ideas and practice. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 1, n. 1, p. 180 - 181. 2005; IRISH, Adam; KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. Bridging the international law-international relations divide: taking stock of progress. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, n. 2, p. 362. 2013; KOCS, Stephen A. Explaining the strategic behavior of states: international law as system structure. **International Studies Quarterly**, v. 38, n. 4, p. 544. 1994; KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 647 e 683. 1998.

⁵⁰⁸ Ao analisar as teorias das relações internacionais, é sempre preciso lembrar que o estudo da política internacional é dotado de grande importância, todavia, falta-lhe beleza ou amenidade. É tolo quem busca nessa área encontrar o belo ou a verdade. Nenhuma teoria geral da política internacional pode ser viável. Todo conhecimento é condicional e incompleto. Não há leis universais (KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 379 - 380. 1988). As ponderações dos autores refletem suas experiências e vieses, dependem, principalmente, dos seus comprometimentos com a solução de problemas teóricos ou práticos, das suas predisposições analíticas, das suas ferramentas metodológicas, dos dados a que têm acesso, dos recursos disponíveis e, finalmente, dos seus próprios valores. Dessa maneira, são perspectivas e não cânones e, assim, nunca devemos ter certeza das nossas próprias escolhas,

Há muito de cada autor em tudo que escreve. Os métodos escolhidos e os dados coletados são cruciais na determinação dos resultados a que se chega e podem tornar-se reféns de convicções pessoais. Todavia, tão intelectualmente estéril quanto um estudioso inebriado por uma camuflada “verdade absoluta”, que devota seus esforços de pesquisa à justificação de um dogma, é um acadêmico descomprometido em entender e modificar o mundo em que vive.

A disciplina das relações internacionais é dividida entre paradigmas teóricos concorrentes,⁵¹⁰ todavia, não mutuamente excludentes, o que torna o campo de estudo mais complexo,⁵¹¹ porém, mais rico, isto é, há uma grande variedade de teorias e cada uma delas possui um conjunto de variáveis dotado de um importante valor explicativo do porquê os Estados cumprem as normas internacionais.⁵¹²

Com efeito, o mundo real é complexo e multifacetado, portanto, seria impossível explicá-lo a partir de um pensamento teórico único,⁵¹³ assim, nenhum estudo do direito internacional encaixa-se exclusivamente em um dos paradigmas. Na verdade, as

pois a nossa visão é sempre limitada (KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 645 e 685. 1998).

⁵⁰⁹ Nesse sentido: YOUNG, Oran R. International regimes: toward a new theory of institutions. **World Politics**, v. 39, n. 1, p. 104. 1986; ROCHESTER, J. Martin. The rise and fall of international organization as a field of study. **International Organization**, v. 40, n. 04, p. 778 e 802 - 804. 1986.

⁵¹⁰ O significado das normas e das instituições internacionais é o ponto de maior desacordo entre essas escolas. Ironicamente, especula-se que a tradicional visão das relações internacionais de um mundo anárquico e conflituoso reflita as próprias lutas internas da disciplina (ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 131. 2004).

⁵¹¹ As fronteiras entre os paradigmas teóricos não são nítidas. Por um lado, há semelhanças epistemológicas e metodológicas entre teorias diferentes, por exemplo, no caso dos realistas clássicos, dos realistas estruturais ou neorrealistas e dos institucionalistas racionalistas, por outro lado, há dessemelhanças dentro de uma mesma teoria, por exemplo, entre os institucionalistas racionalistas e os institucionalistas liberais e reflexivos. Dessa maneira, as fronteiras entre o direito internacional e as relações internacionais tornam-se ainda mais obscuras, quer quando cotejadas as escolas acadêmicas concorrentes, quer mesmo entre aquelas que compartilham consideráveis afinidades epistemológicas e metodológicas — pois há diversas vertentes dentro de uma mesma corrente. Assim, muitas vezes, as classificações acabam por confundir mais do que esclarecer (BECK, Robert J. International law and international relations: the prospects for interdisciplinary collaboration. **Journal of International Legal Studies**, v. 1, n. 2, p. 121 - 122. 1995).

⁵¹² Nesse sentido: ABBOT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n. 1 - 2, p. 12. 2005; MCGUINNESS, Margaret E. Exploring the limits of international human rights law. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 34, n. 2, p. 395 - 396. 2006; BEEKARRY, Navin. International anti-money laundering and combating the financing of terrorism regulatory strategy: a critical analysis of compliance determinants in international law. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 31, n. 1, p. 141 e 146. 2011.

⁵¹³ O fim da Guerra Fria lembrou-nos, mais uma vez, como o “rei está nu” nas teorias das relações internacionais e será preciso mais do que um par de “alfaiates” para fornecer-lhe as “roupas” necessárias (JEPPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 57).

classificações servem apenas para alinhar as ideias principais em cada um deles a respeito da influência das normas internacionais no comportamento dos Estados. Há várias formas de complementariedade entre argumentos divergentes, de fato, discursos diferentes podem ser reconciliados em algumas questões. Por exemplo, a linha que separa uma teoria orientada pelo poder de uma teoria orientada pelo direito é muito tênue, as análises sociológicas sobre o surgimento das preferências estatais, ora a partir da relação entre grupos de interesses domésticos e ora a partir das normas sociais, não são incompatíveis com os estudos racionalistas focados na busca pelos Estados de seus interesses próprios, ao contrário, reconhecem méritos entre si na explicação do cumprimento das normas internacionais.⁵¹⁴

Nessa esteira, nenhuma dessas teorias detém o monopólio da sabedoria. Cada uma detém um poder explicativo significativo. Juntas, elas operam como a fábula dos homens cegos e do elefante,⁵¹⁵ ou seja, cada teoria guarda um pedaço certo do quebra-cabeça, porém, nenhuma sozinha captura com precisão toda a imagem. O único fato verdadeiramente problemático é o de uma teoria não conseguir prever um comportamento, o que, para os fins colimados por esta pesquisa, significa não apresentar um quadro teórico capaz de explicar porque os Estados cumprem as normas internacionais.⁵¹⁶

E um propósito útil⁵¹⁷ das teorias das relações internacionais é determinar as principais variáveis normativas que influenciam os comportamentos dos Estados, a fim de oferecer explicações causais desses fenômenos internacionais.⁵¹⁸

⁵¹⁴ Nesse sentido: JEPPEPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 37 - 38, 56 e 62, nota 14; HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 477, nota 17, jan. 2005; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 20 - 21.

⁵¹⁵ Conhecida fábula do folclore indiano que mostra como aqueles que veem as coisas por apenas um lado, em geral, estão equivocados. Por mais óbvia que seja essa constatação, os atores e os fatores causais ou constitutivos de cada paradigma teórico das relações internacionais são apenas parte do todo (ABBOT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n. 1 - 2, p. 17. 2005).

⁵¹⁶ Nesse sentido: KOH, Harold Hongju. The 1998 frankel lecture: bringing international law home. **Houston Law Review**, v. 35, n. 3, p. 635. 1998; KREPS, Sarah Elizabeth; AREND, Anthony Clark. Why states follow the rules: toward a positional theory of adherence to international legal regimes. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 16, n. 2, p. 404. 2006; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1840. 2002.

⁵¹⁷ Consoante o pragmatismo filosófico, a “verdade” das ideias repousa apenas na sua utilidade na resolução de problemas concretos (SCHLEICHER, David. Liberal international law theory and the United Nations mission in Kosovo: ideas and practice. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 1, n. 1, p. 202. 2005). O desafio para um modelo teórico não é o de responder perfeitamente a todas as questões, mas responder às questões que necessitam ser respondidas de uma maneira útil e de uma forma melhor do que as demais

A escolha entre os postulados relativos a padrões de comportamento dos Estados e desenvolvidos em cada uma das teorias das relações internacionais define a avaliação sobre a força e a influência das normas internacionais nos assuntos internacionais. Em outras palavras, e não sem grande discordância, a razão para o cumprimento do direito internacional⁵¹⁹ depende das teorias das relações internacionais a que um acadêmico é filiado.⁵²⁰

Dessa maneira, o significado⁵²¹ e as implicações do conceito de “conformidade jurídica internacional” derivam das teorias relativas à natureza e ao funcionamento do direito internacional, portanto, em que pese a importância dos trabalhos empíricos,⁵²² não se trata de um conceito autônomo, tampouco suficientemente bem compreendido.⁵²³

ferramentas (TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 62).

⁵¹⁸ Nesse sentido: KREPS, Sarah Elizabeth; AREND, Anthony Clark. Why states follow the rules: toward a positional theory of adherence to international legal regimes. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 16, n. 2, p. 331. 2006; ACEVES, William J. Institutional theory and international legal scholarship. **American University Journal of International Law and Policy**, v. 12, n. 2, p. 229. 1997.

⁵¹⁹ Na verdade, a eficácia do direito internacional, em vez do seu cumprimento, é a tradicional preocupação dos teóricos das relações internacionais (CROSSEN, Teall. Multilateral environmental agreements and the compliance continuum. **Georgetown International Environmental Law Review**, v. 16, p. 489. 2004). Para esses acadêmicos, o que interessa não é se ou por que o direito importa, mas se os seus efeitos, amplamente pressupostos em pesquisas sobre a eficácia normativa, podem ser adequadamente compreendidos. Em essência, a questão é se esses efeitos podem ser identificados, e até que ponto a eficácia é susceptível à variação das percepções (MEHLING, Michael A. Betwixt scylla and charybdis: the concept of effectiveness in international environmental law. **Finnish Yearbook of International Law**, v. 13, p. 156. 2002).

⁵²⁰ Nesse sentido: AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 109. 1998; BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 205. 1993; GINSBURG, Tom; MCADAMS, Richard H. Adjudicating in anarchy: an expressive theory of international dispute resolution. **William & Mary Law Review**, v. 45, p. 1232 - 1233. 2004.

⁵²¹ Uma definição não possui um fim em si mesma, ela apenas deve ser clara e permitir a identificação de problemas que possam ser estudados (KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 386. 1988).

⁵²² O maior desafio para os acadêmicos é conhecer as instituições internacionais por meio da aplicação prática da teoria, especialmente, por meio da pesquisa empírica (KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 393. 1988). A ciência política tem contribuído muito para a expansão recente do trabalho empírico sobre o direito internacional (GINSBURG, Tom; SHAFFER, Gregory. How does international law work? what empirical research shows. **Minnesota Legal Studies Research**, Paper n. 09-54, p. 01. 2009). Contudo, não obstante as sólidas bases teóricas, ainda falta suporte empírico aos acadêmicos. Os estudos existentes são incapazes de determinar a causalidade do cumprimento efetivo (BARADARAN, Shima; FINDLEY, Michael; NIELSON, Daniel; SHARMAN, J. C. Does international law matter? **Minnesota Law Review**, v. 97, n. 3, p. 749. 2013). Nesse sentido, as teorias são carentes de estudos empíricos, o que compromete as avaliações adequadas de como o cumprimento das normas internacionais molda o comportamento dos Estados em suas relações internacionais. De fato, muito pouco se sabe sobre o grau de cumprimento dos compromissos internacionais por parte dos Estados e o que os estudos empíricos realizados sugerem é que as estimativas de conformidade são exageradas e, na melhor das hipóteses, o cumprimento ocorre de maneira desigual (BEEKARRY, Navin. International anti-money laundering and combating the financing of terrorism regulatory strategy: a critical analysis of compliance determinants in international law. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 31, n. 1, p. 148 - 149. 2011).

Ademais, a influência do direito internacional sobre os Estados é algo tão complicado que as explicações das principais teorias das relações internacionais são adaptadas a determinado momento e a certo regime jurídico internacional, em que os analistas são especialistas, ou seja, não há um único corpo teórico capaz de fornecer um quadro global aplicado a diversas circunstâncias e áreas temáticas.⁵²⁴

A academia jurídica internacional está em um período de mudança, em que as ortodoxias antigas são questionadas. A partir da análise de processos sociais, incluindo as necessárias condições econômicas, políticas e culturais; as teorias das relações internacionais podem ajudar os acadêmicos do direito internacional a entenderem como as normas internacionais operam. Observa-se uma grande mudança de geração nas últimas décadas motivada principalmente pela rejeição à visão tradicional do direito internacional.⁵²⁵

Como nunca antes, entender o funcionamento do direito internacional demanda as análises das ciências sociais, políticas e econômicas, entre outras. A tentativa de compreender os mecanismos de indução das normas e decisões internacionais, desconsiderando as várias teorias das relações internacionais, é simplesmente ilusória. Assim, acreditar-se-á na produção de algo novo, mas na verdade, o que se fará, por desconhecimento, é apenas a mera reprodução rasa de algo antes já imaginado.

Para alguns autores, os vários modelos de conformidade sequer podem ser comprovados empiricamente (KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 698. 2001).

⁵²³ KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 346, 348 e 368. 1998.

⁵²⁴ Nesse sentido: HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 471, jan. 2005; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 91. 2012.

⁵²⁵ Nesse sentido: GOLDSMITH, Jack. Sovereignty, international relations theory, and international law. **Stanford Law Review**, v. 52, p. 982. 2000; ALKOBY, Asher. Theories of compliance with international law and challenge of cultural difference. **Journal of International Law and International Relations**, v. 4, p. 152. 2008; RAUSTIALA, Kal. Refining the limits of international law. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 34, p. 01. 2006; GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. The new international law scholarship. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 34, n. 2, p. 465 e 482. 2006.

3.2 A perspectiva racionalista

Apresentadas essas reflexões sobre a importância do método e das teorias das relações internacionais para a compreensão dos fenômenos jurídicos internacionais, particularmente, o que leva os Estados a cumprirem as normas e as decisões internacionais, cabe agora investigar, de modo detalhado, os principais paradigmas, classificados conforme uma visão racionalista das relações internacionais.

3.2.1 O realismo

O realismo “clássico”, a teoria dominante das relações internacionais por mais de dois mil anos, cuja origem remonta a Tucídides,⁵²⁶ foi articulado por pensadores como Nicolau Maquiavel⁵²⁷ e Thomas Hobbes,⁵²⁸ e marcado pela proeminência do poder no cenário internacional, o que explica a escassez de trabalho empírico sobre o direito internacional.⁵²⁹

O fracasso da Liga das Nações⁵³⁰ corroborou o pensamento realista calcado em políticas de poder. A eclosão da Segunda Guerra Mundial frustrou a ideia dos anos entre guerras de prevalência das normas e dos princípios no sistema internacional e mesmo depois do seu ocaso, o poder e os interesses nacionais remanesceram como a base das relações internacionais no mundo bipolar da Guerra Fria, não obstante a significativa produção normativa nesse período, a exemplo do direito do mar e dos direitos humanos, todavia,

⁵²⁶ TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília, DF / São Paulo: Universidade de Brasília; Imprensa Oficial de São Paulo; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2001. 582 p.

⁵²⁷ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Trad. Maria Júlia Goldwasser. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. 197 p. O autor afirma que a base do Estado são as armas e as leis, contudo, inexistem “boas leis” sem “boas armas”.

⁵²⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou, a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosinna D'Angina. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2003. 487 p.

⁵²⁹ Nesse sentido: BOYLE, Francis A. **World politics and international law**. Durham: Duke University Press, 1985, p. 03 - 16; GINSBURG, Tom; SHAFFER, Gregory. How does international law work? what empirical research shows. **Minnesota Legal Studies Research**, Paper n. 09-54, p. 01. 2009.

⁵³⁰ Finda a Primeira Guerra Mundial, os acadêmicos das relações internacionais tiveram, descaradamente, a intenção de reformar o mundo. As preocupações e a abordagem dos estudiosos das relações internacionais tiveram uma inclinação acentuadamente normativa. A aparente irrelevância dos seus trabalhos para melhorar e reverter as crises políticas e econômicas internacionais dos anos 1930 fez com que essa epistemologia fosse questionada (JACOBSON, Harold K. The global system and the realization of human dignity and justice. **International Studies Quarterly**, v. 26, n. 3, p. 319. 1982).

constantemente desrespeitados, o que tornou marginal os efeitos do direito internacional durante a Guerra Fria.⁵³¹

Assim, depois da Segunda Guerra Mundial, os estudos dos teóricos das relações internacionais e do direito internacional foram influenciados pelo “desafio realista”, isto é, o ceticismo de autores chamados de realistas “estruturais”⁵³² ou “neorrealistas”⁵³³ sobre a relevância do direito para o sistema internacional. Considerável número de proeminentes estudiosos enquadra-se no campo do realismo estrutural, a exemplo de Edward H. Carr,⁵³⁴ Hans Morgenthau,⁵³⁵ George Kennan⁵³⁶ e, mais recentemente,⁵³⁷ Kenneth Waltz (talvez o mais destacado deles)⁵³⁸ e Raymond Aron.⁵³⁹ Eles retomaram a tradição realista e questionaram o pensamento internacionalista liberal wilsoniano, de que a democracia poderia vencer a guerra,⁵⁴⁰ e do “primado do direito” nas relações internacionais, ou seja, a possibilidade das normas e das instituições internacionais, a exemplo das Nações Unidas,⁵⁴¹

⁵³¹ Nesse sentido: SORNARAJAH, M. Power and justice in international law. **Singapore Journal of International & Comparative Law**, v. 1, n. 1, p. 32. 1997; SPIRO, Peter J. Globalization, international law, and the academy. **New York University Journal of International Law and Politics**. v. 32, n. 2, p. 576 - 577. 2000.

⁵³² Para as pretensões desta pesquisa, realistas clássicos e realistas estruturais ou neorrealistas serão igualmente considerados realistas.

⁵³³ Os realistas estruturais são frequentemente referidos como neorrealistas, entretanto, há quem distinga o neorrealismo como sendo a teoria articulada por Kenneth Waltz do realismo estrutural como uma ampla família de teorias sistêmicas.

⁵³⁴ CARR, Edward Hallett. **Vinte anos de crise, 1919-1939: uma introdução ao estudo das relações internacionais**. Trad. Luiz Alberto Figueiredo Machado. 2. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2001. 312 p.

⁵³⁵ MORGENTHAU, Hans Joachim. **A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz**. Trad. Oswaldo Biato. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2003. 1093 p. O autor dedica um capítulo aos “Problemas Principais do Direito Internacional”, considerado um direito primitivo, fraco e dependente da distribuição de poder entre os Estados, portanto, capaz de influenciar os comportamentos estatais apenas marginalmente.

⁵³⁶ KENNAN, George Frost. **American diplomacy: 1900-1950**. New York: Mentor, 1951. 144 p. O autor é conhecido por criticar o que chamou de “discurso legalista-moralista” das relações internacionais, ou seja, a possibilidade de normas internacionais limitarem a ação dos Estados em um sistema internacional caótico, por isso, uma retórica incapaz de identificar o significado dos problemas políticos e as fontes da instabilidade internacional.

⁵³⁷ É válido ao menos mencionar outros importantes nomes: John Herz, Morton Kaplan, Robert Gilpin, Reinhold Niebuhr, Joseph M. Grieco, Robert J. Lieber e John J. Mearsheimer.

⁵³⁸ WALTZ, Kenneth Neal. **Theory of international politics**. Boston, Mass.: McGraw-Hill, 1979. 251 p. O autor sequer analisa as normas internacionais.

⁵³⁹ ARON, Raymond. **Paz e guerra entre nações**. Trad. Sergio Bath. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2002. 928 p.

⁵⁴⁰ O termo mais utilizado pelos detratores desse pensamento é “legalismo democrático”.

⁵⁴¹ Embora alguns tenham visto a formação das Nações Unidas como uma iniciativa para a diminuição do poder e o fortalecimento do direito nas relações internacionais, outros a viram como instrumento a serviço dos interesses dos Estados hegemônicos. Assim, até hoje, a Organização das Nações Unidas (ONU) é um campo de batalha entre os que vislumbram o estabelecimento do império do direito internacional por meio da organização e os que acreditam ser a instituição utilizada pelos Estados mais fortes para alcançarem os seus objetivos (SORNARAJAH, M. Power and justice in international law. **Singapore Journal of International & Comparative Law**, v. 1, n. 1, p. 34. 1997).

regularem, efetivamente, o comportamento estatal. Destarte, reagiram com a ideia de polaridade entre direito e poder, domínio interno e internacional, aspiração normativa e descrição positiva, cooperação e conflito,⁵⁴² idealismo e realismo.⁵⁴³

Para o realismo, um direito internacional sem mecanismos coercitivos⁵⁴⁴ não era apenas algo inócuo, porém, principalmente danoso, por isso, a obsessão pela relevância levou os realistas a ignorarem (ou, talvez, irem além de) quaisquer referências normativas (mundo jurídico), em prol de preocupações descritivas (mundo real).⁵⁴⁵

Num primeiro momento, os argumentos realistas podem parecer cínicos, contudo, analisados com mais cuidado, é válida a advertência de que a cooperação internacional não se trata de um ato de benemerência, tampouco a ação estatal no plano internacional é neutra e desinteressada. É enganoso pensar que o realismo desconsidera a existência de instituições internacionais, ao contrário, elas são importantes instrumentos dos Estados com maiores recursos materiais. Desse modo, a cooperação nada mais é do que a outra face do conflito. Portanto, não há de se questionar um realista sobre se as normas internacionais influenciam o

⁵⁴² Em contrapartida, é importante evitar o engano comum de assumir que as teorias materialistas dizem respeito aos conflitos, enquanto as teorias culturais à cooperação. O valor de argumentos analiticamente neutros independe da extensão em que os Estados cooperam (JEPPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 36). Como os próprios realistas incessantemente destacam, há uma relação dialética entre cooperação e conflito, por isso, ambos os conceitos não podem ser compreendidos separadamente. Nesse sentido, a despeito do importante papel de algumas características da motivação humana — tais como altruísmo, idealismo, honra pessoal, razões comuns, normas internalizadas ou crenças compartilhadas a partir de um conjunto de valores incorporados culturalmente —, a cooperação internacional pode ser entendida sem referência a nenhuma delas, uma vez que nem sempre se trata de um processo benigno, do ponto de vista ético. Por exemplo, muitas vezes, alguns Estados ricos exploram, conjuntamente, recursos dos Estados pobres, outros formam alianças de agressão e, até mesmo, as indústrias nacionais influenciam os seus governos a protegê-las da concorrência de produtos estrangeiros mais eficientes (KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 380. 1988).

⁵⁴³ Nesse sentido: ACEVES, William J. Institutional theory and international legal scholarship. **American University Journal of International Law and Policy**, v. 12, n. 2, p. 227 - 228. 1997; BEDERMAN, David J. Constructivism, positivism, and empiricism in international law. **Georgetown Law Journal**, v. 89, n. 2, p. 469 - 470. 2001; BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 205 - 207. 1993.

⁵⁴⁴ Para os realistas, as instituições influenciam os comportamentos estatais, fundamentalmente, por meio de pressão ou coerção (GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. Toward an institutional theory of sovereignty. **Stanford Law Review**, v. 55, n. 5, p. 1751. 2003). As instituições jurídicas sozinhas não são suficientes. É necessário que os principais Estados utilizem o poder econômico ou militar para produzirem mudanças de comportamento, com os riscos inerentes a essas táticas (ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 153. 2004).

⁵⁴⁵ Nesse sentido: HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 470, jan. 2005; BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 39, n. 1, p. 23. 2000; ROCHESTER, J. Martin. The rise and fall of international organization as a field of study. **International Organization**, v. 40, n. 04, p. 812. 1986.

comportamento dos Estados, porém, de acordo com os interesses de quais Estados determinam as condutas internacionais.

A perspectiva realista concentra-se principalmente no papel dos Estados nas relações internacionais, e não nas ações das instituições internacionais, como os atores dominantes (embora não exclusivos), unitários, racionais e egoístas das relações internacionais, e como os sujeitos primários do direito internacional.⁵⁴⁶

Fundamentalmente, os defensores dessa escola de pensamento alegam que os fatores materiais, tais como recursos militares e financeiros, importam muito mais do que os fatores não materiais, tais como as normas e as instituições internacionais. Consequentemente, os Estados poderosos usam várias estratégias — muitas vezes sutis — para moldar os regimes jurídicos internacionais consoante os seus interesses e, enfim, é a distribuição e o equilíbrio de poder entre os Estados que determina, verdadeiramente, os seus comportamentos.⁵⁴⁷

A questão é o que define o pressuposto básico do sistema internacional. Apesar do Estado hobbesiano da sociedade internacional, a perspectiva teórica do paradigma realista não exclui da estrutura e do funcionamento do sistema internacional as políticas de coordenação e cooperação internacional mediante normas internacionais,⁵⁴⁸ possíveis e até recorrentes, desde que sejam, por um lado, estabelecidas e aplicadas pelos Estados mais fortes e, por outro, cumpridas, compulsoriamente, pelos Estados mais fracos, isto é, as realidades políticas dos Estados mais poderosos definirão os termos de cooperação, como uma resposta

⁵⁴⁶ Nesse sentido: ELVY, Stacy-Ann. Theories of state compliance with international law: assessing the african union's ability to ensure state compliance with the african charter and constitutive act. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, n. 1, p. 81. 2012; FRISCHMANN, Brett. A dynamic institutional theory of international law. **Buffalo Law Review**, v. 51, p. 702. 2003; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1836. 2002; HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 477, jan. 2005.

⁵⁴⁷ Nesse sentido: ARMSTRONG, David; FARRELL, Theo; LAMBERT, Hélène. **International law and international relation**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 79; GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. How to influence states: socialization and international human rights law. **Duke Law Journal**, v. 54, p. 634. 2004; HATHAWAY, Oona A.; LAVINBUK, Ariel N. Rationalism and revisionism in international law. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 5, p. 1430. 2006; ABBOT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n. 1/2, p. 31. 2005.

⁵⁴⁸ Apesar dos intermináveis debates sobre o dilema teórico das obrigações jurídicas internacionais, simultaneamente, derivarem do e prevalecerem sobre o Estado, os realistas aceitam que o direito e o poder interagem de alguma forma e, assim, o direito internacional produz algum efeito sobre o comportamento dos Estados (BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 208. 1993).

instrumental⁵⁴⁹ das lutas pelo poder, sem absolutamente nenhum mérito intrínseco ou preocupação com o benefício do próprio sistema. Dessa forma, os princípios, as normas, as regras e os procedimentos de tomada de decisão afetam os comportamentos,⁵⁵⁰ porém, de acordo com a distribuição de poder, fundados no interesse próprio e egoísta,⁵⁵¹ ou seja, nos valores nacionais dos Estados hegemônicos.⁵⁵²

Nessa medida, os realistas são céticos.⁵⁵³ A visão cética dos realistas não reside na ausência de influência das normas das organizações internacionais sobre os comportamentos estatais, mas sim na dependência delas do poder internacional, ou seja, os Estados poderosos têm menos necessidade de e mais razão para resistir às normas das organizações internacionais que destoem de seus interesses nacionais.⁵⁵⁴

A concepção realista não vislumbra a inexistência normativa internacional, tampouco um cenário necessariamente negativo do sistema internacional, senão a formulação e a aplicação das normas internacionais a partir do poder dos Estados mais importantes e a ação desses Estados a partir de suas necessidades e de seus interesses. Consequentemente, os

⁵⁴⁹ Os instrumentistas identificam um caminho causal a partir dos interesses subjacentes dos Estados até os seus comportamentos (KEOHANE, Robert O. *International relations and international law: interests reputation, institutions*. **American Society of International Law Proceedings**, v. 93, p. 376. 1999).

⁵⁵⁰ Esta definição de “regimes”, de autoria de Krasner, é a mais reproduzida na literatura das relações internacionais. Detalhadamente, corresponde à combinação dos seguintes elementos (implícitos ou explícitos), em torno dos quais as expectativas dos atores convergem em determinada área das relações internacionais: (i) princípios, por meio da aceitação de um fato, dos nexos de causalidade e da retidão de comportamento; (ii) normas, no sentido de padrões de comportamento definidos em termos de direitos e obrigações; (iii) regras, como prescrições específicas decorrentes de uma ação; (iv) procedimentos de tomada de decisão, quando práticas predominantes na formação e implementação da vontade coletiva. Os princípios e as normas definem as características básicas de um regime, com as quais as regras e os procedimentos de tomada de decisão devem se adequar. Dessa maneira, as mudanças nas regras e nos procedimentos de tomada de decisão implicam as mudanças dentro de um regime, enquanto as mudanças nos princípios e nas normas implicam a mudança do próprio regime (KRASNER, Stephen D. *Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables*. **International Organization**, v. 36, n. 2, p. 186 - 189. 1982).

⁵⁵¹ A premissa do interesse próprio, ao contrário de fundamentar as práticas imorais, explica por que os indivíduos cumprem as normas (ROEMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. 2. ed. México: ITAM, 2000, p. 16 - 17).

⁵⁵² Nesse sentido: KINGSBURY, Benedict. *The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law*. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 350 - 351. 1998; ABBOT, Kenneth W. *International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts*. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 133. 2004; MUSHKAT, Roda. *Compliance with international environmental regimes: chinese lessons*. **William & Mary Environmental Law and Policy Review**, v. 34, n. 2, p. 499 e 501. 2010; KRASNER, Stephen D. *Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables*. **International Organization**, v. 36, n. 2, p. 194 - 195 e 199. 1982.

⁵⁵³ Outrossim, os céticos consideram-se realistas. Para eles, o direito internacional nada mais é do que aquilo que os Estados fazem de fato. Consoante um modelo descritivo, explicam os comportamentos a partir dos interesses próprios de cada Estado (PURVIS, Nigel. *Critical legal studies in public international law*. **Harvard International Law Journal**, v. 32, n. 1, p. 84, nota 19 e p. 85. 1991).

⁵⁵⁴ Nesse sentido: GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *A theory of customary international law*. **The University of Chicago Law Review**, v. 66, p. 1203. 1999; ABBOT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. *Hard and soft law in international governance*. **International Organization**, v. 54, p. 448. 2000.

regimes internacionais servem a um propósito instrumental, qual seja, as preferências dos Estados mais fortes do sistema internacional.⁵⁵⁵

Nessa esteira, não se deve olvidar que sem poder, não há direito. Aliás, em todo sistema social os atores mais fortes impõem os seus interesses sobre os mais fracos. Destarte, ao invés de resistir ao papel do poder na composição do direito internacional, deve-se aceitar a capacidade dos Estados poderosos como um elemento fundamental da elaboração, da execução e do cumprimento das normas internacionais. Entretanto, se para o realismo a base das normas internacionais não é o consenso ou o interesse mútuo, senão os interesses de poder dos Estados dominantes, isso não significa que o sistema jurídico internacional seja simplesmente refém da vontade desses Estados, porém, que precisa conciliar-se com ela.⁵⁵⁶

Em síntese, a estrutura institucional do sistema internacional traduz a distribuição de poder entre os Estados, assim, a cooperação internacional somente avança quando há equilíbrio de poder e as normas internacionais expressam os interesses dos Estados poderosos. Portanto, a cooperação internacional não beneficia necessariamente os Estados mais fracos, os únicos que cumprem as normas internacionais mesmo quando contrárias aos seus interesses.⁵⁵⁷

O ceticismo realista está em não conceber o direito internacional como algo que vá muito além do poder dos Estados. Consequentemente, numa sociedade internacional sem equilíbrio de poder, o direito internacional é inócuo quando busca coordenar o comportamento dos Estados a partir de categorias como consentimento, reciprocidade,

⁵⁵⁵ Nesse sentido: ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 152 - 153. 2004; AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 115. 1998; HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 478, jan. 2005; GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A theory of customary international law. **The University of Chicago Law Review**, v. 66, p. 1120. 1999; KRASNER, Stephen D. International law and international relations: together, apart, together? **Chicago Journal of International Law**, v. 1, n. 1, p. 93. 2000; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law in a world of liberal states. **European Journal of International Law**, v. 6, n. 4, p. 507. 1995; ZURN, Michael. Introduction: law and compliance at different levels. In: _____; JOERGES, Christian (Coords.). **Law and governance in postnational Europe: compliance beyond the nation-state**. New York: Cambridge University Press, p. 04. 2005.

⁵⁵⁶ Nesse sentido: COGAN, Jacob Katz. Noncompliance and the international rule of law. **The Yale Journal of International Law**, v. 31, p. 207. 2006; GILPIN, Robert. **War and change in world politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. p. 35 - 36.

⁵⁵⁷ Nesse sentido: STEINBERG, Richard H. In the shadow of law or power? Consensus-based bargaining and outcomes in the GATT/WTO. **International Organization**, v. 56, n. 2, p. 346. 2002; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law in a world of liberal states. **European Journal of International Law**, v. 6, n. 4, p. 507. 1995; ALKOBY, Asher. Non-state actors and the legitimacy of international environmental law. **Non-State Actors and International Law**, v. 3, n. 1, p. 65. 2003.

reputação, legitimidade ou justiça. Para o realismo, deve-se estar ciente que há uma clara separação entre os Estados que escrevem as normas internacionais e os que as cumprem e, a partir daí, fazer um bom desse fato.

Daí que como corolário os realistas acreditam que se as relações de poder entre os Estados forem alteradas, o direito internacional também será, portanto, os regimes, as instituições e as normas não são variáveis independentes, ou seja, não têm força causal independente nas relações internacionais, em outras palavras, não são variáveis causais básicas, porquanto não têm impacto independente sobre os comportamentos dos Estados, ao contrário, afetam as perspectivas de cooperação internacional apenas marginalmente, pois são determinadas pelos interesses dos Estados poderosos.⁵⁵⁸

A partir de uma ótica instrumental, não há uma força normativa internacional independente, senão uma lógica de custo e benefício que define o direito internacional a partir dos interesses dos Estados dominantes. Para o realismo, as normas internacionais são tão afetadas por fatores estruturais do sistema internacional — em particular, o poder político, econômico e militar de um Estado —, quanto os comportamentos estatais.⁵⁵⁹

Dessa forma, se o direito internacional alterar os custos e os benefícios pode influenciar as condutas estatais, porém, a dinâmica causal remanesce imutável e determinada pelos interesses dos Estados mais fortes. Assim, os realistas questionam a relevância de um direito que não é direito, mas um epifenômeno, um títere dos poderes, interesses e preferências dos Estados. Debruçam-se sobre a falta de um sistema judiciário independente

⁵⁵⁸ Nesse sentido: AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 115. 1998; ALKOBY, Asher. Non-state actors and the legitimacy of international environmental law. **Non-State Actors and International Law**, v. 3, n. 1, p. 65. 2003; KREPS, Sarah Elizabeth; AREND, Anthony Clark. Why states follow the rules: toward a positional theory of adherence to international legal regimes. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 16, n. 2, p. 336. 2006; KRASNER, Stephen D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. **International Organization**, v. 36, n. 2, p. 190 e 194. 1982; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1837. 2002; ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 133. 2004; GRIECO, Joseph M. Anarchy and the limits of cooperation: a realist critique of the newest liberal institutionalism. **International Organization**, v. 42, n. 3, p. 488. 1988.

⁵⁵⁹ Nesse sentido: GOLDSMITH, Jack. Sovereignty, international relations theory, and international law. **Stanford Law Review**, v. 52, p. 963. 2000; RATNER, Steven R. Does international law matter in preventing ethnic conflict? **New York University Journal of International Law and Politics**, v. 32, p. 648, 2000.

com o poder de obrigar os Estados e concluem que o direito internacional é apenas um conjunto de limitações auto-impostas, em outras palavras, um “direito de fachada”.⁵⁶⁰

Numa visão estritamente realista, os comportamentos estatais não decorrem do caráter jurídico e da justificação moral dos compromissos e das instituições internacionais, senão da ameaça ou efetiva exclusão dos benefícios — e, em alguns casos, até mesmo da aplicação de sanções —, concedidos aos Estados mais fracos pelos Estados mais fortes.⁵⁶¹ Os mecanismos coercitivos são de tão pouco valor para os Estados menos poderosos quanto os mecanismos de reciprocidade o são para os Estados mais poderosos,⁵⁶² o que explica a tendência dos Estados dominantes a descumprirem as suas obrigações internacionais.⁵⁶³

Nessa esteira, diante da presunção realista de que os Estados são avessos a cooperar, o cumprimento das normas internacionais ocorre em função dos cálculos de custo e benefício, isto é, quanto mais coercitivos forem os mecanismos, maior será a indução ao cumprimento das normas internacionais, em outras palavras, a conformidade às normas internacionais dá-se quando imposta pelos Estados dominantes por meio de estímulos externos, ou seja, pressão pelo descumprimento ou recompensa pelo cumprimento. Portanto, o cumprimento é irregular e varia de acordo com os interesses da hegemonia,⁵⁶⁴ sendo melhor pensar em níveis de cumprimento.⁵⁶⁵

⁵⁶⁰ Nesse sentido: GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. Measuring the effects of human rights treaties. **European Journal of International Law**, v. 14, p. 181. 2003; ABBOT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, v. 54, p. 422. 2000; LEVIT, Janet Koven. The dynamics of international trade finance regulation: the arrangement on officially supported export credits. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 1, p. 95. 2004; SORNARAJAH, M. Power and justice in international law. **Singapore Journal of International & Comparative Law**, v. 1, n. 1, p. 31. 1997.

⁵⁶¹ O regime jurídico ambiental demonstra a concepção realista de incentivos e sanções como os principais mecanismos para combater a tendência ao não cumprimento das normas internacionais, por óbvio, pelos Estados mais fracos (MUSHKAT, Roda. Compliance with international environmental regimes: chinese lessons. **William & Mary Environmental Law and Policy Review**, v. 34, n. 2, p. 512. 2010). Para a maioria dos acadêmicos das relações internacionais, os recursos disponíveis aos Estados determinam os incentivos que podem oferecer, bem como as penalidades que podem ameaçar impor ou impor efetivamente, por exemplo, apenas por meio do poder coercitivo estatal é possível mobilizar recursos tais como os pagamentos em dinheiro do Fundo de Ozônio e as sanções do Tratado de Não-Proliferação Nuclear, portanto, o poder é capaz de definir as agendas e de moldar a interpretação e o desenvolvimento de instituições jurídicas internacionais (HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 83 - 84. 2012).

⁵⁶² A reciprocidade fracassará em induzir o cumprimento das normas internacionais se a resposta à violação não for capaz de atingir o violador (GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 45).

⁵⁶³ Nesse sentido: WATTS, Sean. Reciprocity and the law of war. **Harvard International Law Journal**, v. 50, n. 2, p. 370. 2009); KEOHANE, Robert O. Compliance with international commitments: politics within a framework of law. **American Society of International Law Proceedings**, v. 86, p. 177 - 178. 1992.

⁵⁶⁴ O pensamento de Antonio Gramsci sobre a relação entre dominantes e dominados fundou uma teoria das relações internacionais que vê na sociedade internacional a busca da manutenção da posição dominante de um

Se o realismo não desconsidera a existência do direito internacional, tampouco dimensiona o seu verdadeiro tamanho. Quando propugnam que o direito internacional não é um fenômeno autônomo com força causal independente, ironicamente, os realistas distanciam-se da realidade internacional. O equívoco do realismo está em interpretar o direito e a imposição coercitiva do direito como se fosse a mesma coisa.

Entretanto, a teoria realista admite que o cumprimento do direito internacional é bastante difundido, embora atribua isso, além das relações de poder, aos interesses convergentes das potências internacionais, portanto, as condutas estatais não mudam no plano internacional, apenas evidenciam posturas convergentes na forma de normas internacionais, que cumprem um papel instrumental na imposição de sanções positivas e negativas.⁵⁶⁶

A escola realista baseia-se na premissa de que os desenvolvimentos normativos e institucionais⁵⁶⁷ são aqueles com os quais os Estados poderosos podem conviver e que têm

“bloco histórico hegemônico”, por meio da articulação entre a coerção dos mais fortes e o consentimento dos mais fracos. Para o gramscianismo, a dominação diz respeito a um conjunto de valores (desde o final da Segunda Guerra Mundial, esses valores estão ligados ao Liberalismo e incluem a liberdade, a democracia e o capitalismo) e é possível porque os dominantes criam uma “sensação de normalidade”, responsável pela imposição do cumprimento de normas internacionais que refletem os interesses da minoria hegemônica. Essa combinação, sutil e não tão sutil, entre coerção e consentimento, produz nos Estados dominados um desconforto em descumprir as normas internacionais, fazendo-as parecer legítimas. Para alguns autores, as ideias de Gramsci são uma forma de realismo, contudo, o realismo concentra-se em relações de poder, enquanto o gramscianismo, nas relações ideológicas, consoante uma perspectiva marxista. Para outros autores, como Gramsci enfatiza a importância das fontes de legitimação das ideias e das ideologias, a sua teoria é mais próxima dos trabalhos construtivistas do que de estudos materialistas do marxismo (KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. *International organization and the study of world politics*. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 665. 1998). Ademais, Gramsci vislumbra um papel forte para o direito como um meio que estabelece a ordem burguesa e subordina as demais classes sociais. Outra diferença digna de nota é entre os elementos de coerção e consentimento identificados por Gramsci no sistema internacional e a construção do direito internacional a partir exclusivamente do consentimento dos Estados de acordo com o positivismo jurídico. Nesse sentido, o gramsciano é útil para se entender a natureza das fontes do direito internacional e explicar como os Estados fortes tanto dominam o processo de produção e aplicação coercitiva das normas internacionais (dois níveis de hegemonia), quanto monopolizam a prática jurídica dos tribunais internacionais (o que revela a parcialidade ostensiva do e inerente ao sistema internacional), ao mesmo tempo em que garantem o consentimento dos Estados fracos e, principalmente, como isso afeta o desenvolvimento do direito internacional (FRY, James D. *Legitimacy push: towards a gramscian approach to international law*. **UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs**, v. 13, n. 2, p. 308 - 313, 320, 322, 324 e 335 - 336. 2008).

⁵⁶⁵ Nesse sentido: HAAS, Peter M. *Why comply, or some hypotheses in search of an analyst*. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 26. 1997; RAUSTIALA, Kal. *The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law*. **Virginia Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 78. 2002; SHANY, Yuval. *Assessing the effectiveness of international courts: a goal-based approach*. **American Journal of International Law**, v. 106, n. 2, p. 262. 2012.

⁵⁶⁶ Nesse sentido: SIMMONS, Beth A. *Compliance with international agreements*. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 76 - 77 e 79. 1998; ALKOBY, Asher. *Theories of compliance with international law and challenge of cultural difference*. **Journal of International Law and International Relations**, v. 4, p. 192 - 193. 2008.

⁵⁶⁷ Em geral, os Estados poderosos aceitam as decisões majoritárias apenas nas organizações internacionais juridicamente competentes para produzir “direito brando”, a fim de não se verem obrigados a terem de cumprir algo que não lhes favoreça, enquanto, nas organizações internacionais capazes de produzir “direito rígido”,

um maior interesse em respeitar, destarte, o cumprimento das normas internacionais depende da vontade desses Estados.⁵⁶⁸

Por isso, muitas vezes, o discurso dos Estados mais fortes é o inverso de suas ações e apenas falsifica os fatos. Na verdade, os Estados poderosos não hesitam, tampouco se constroem em abandonar⁵⁶⁹ as prescrições normativas internacionais sempre que mais conveniente fazê-lo, ou seja, quando não mais servem aos seus interesses.⁵⁷⁰

À parte isso, consoante o realismo, em um mundo anárquico, quando os Estados poderosos cumprem o direito internacional, fazem-no por mera coincidência entre o conteúdo das normas internacionais e os seus interesses próprios, normalmente derivados de políticas de poder, ou seja, porque já o fariam de qualquer maneira, jamais pela força do compromisso em si.⁵⁷¹

Os Estados dominantes participam dos arranjos institucionais dos regimes jurídicos internacionais, quando compatíveis com os seus interesses nacionais imediatos, isto é, cumprem o direito internacional enquanto atende a esses interesses, e muitas vezes, ambos são perfeitamente compatíveis.⁵⁷²

propugnam que as decisões sejam tomadas por consenso e desde que haja uma relação direta entre poder, interesses, regras de votação e resultados (STEINBERG, Richard H. In the shadow of law or power? Consensus-based bargaining and outcomes in the GATT/WTO. **International Organization**, v. 56, n. 2, p. 340 e 346. 2002).

⁵⁶⁸ Nesse sentido: GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. How to influence states: socialization and international human rights law. **Duke Law Journal**, v. 54, p. 634. 2004; HALLING, Matt. A law of no gods, no masters: developing and defending a participatory legal system. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 32, n. 1, p. 259. 2009; KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 351 e 370. 1998.

⁵⁶⁹ Até mesmo os menos importantes arranjos internacionais são facilmente desconsiderados quando mudam a balança de poder ou a percepção de interesse nacional (ou ambos) entre aqueles Estados com que negociam (STRANGE, Susan. Cave! Hic dragones: a critique of regime analysis. **International Organization**, v. 36, n. 2, p. 487. 1982).

⁵⁷⁰ Nesse sentido: GOLDSMITH, Jack. Sovereignty, international relations theory, and international law. **Stanford Law Review**, v. 52, p. 963. 2000; HENKIN, Louis. **How nations behave: law and foreign policy**. 2. ed. New York: Columbia University, 1979. p. 43; YOUNG, Oran R. International regimes: toward a new theory of institutions. **World Politics**, v. 39, n. 1, p. 119. 1986; AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 115 - 116. 1998.

⁵⁷¹ Nesse sentido: ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 133. 2004; LEVIT, Janet Koven. The dynamics of international trade finance regulation: the arrangement on officially supported export credits. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 1, p. 95. 2004; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1837. 2002.

⁵⁷² Nesse sentido: GINSBURG, Tom; MCADAMS, Richard H. Adjudicating in anarchy: an expressive theory of international dispute resolution. **William and Mary Law Review**, v. 45, n. 4, p. 1234. 2004; YOUNG, Oran R. International regimes: toward a new theory of institutions. **World Politics**, v. 39, n. 1, p. 119. 1986; AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 132. 1998.

Finalmente, considerando que para o realismo os Estados buscam o poder para garantirem a própria segurança no sistema internacional, são esperadas do direito internacional menos restrições sobre os comportamentos estatais pertinentes, por exemplo, ao uso da força militar,⁵⁷³ em outras palavras, especialmente nos domínios da “alta política”,⁵⁷⁴ os realistas são céticos sobre o primado do direito⁵⁷⁵ e os processos jurídicos nas relações internacionais, ou seja, sobre a capacidade das normas internacionais confrontarem os interesses nacionais. Consequentemente, para um realista, não é fortuito o fato das mesmas questões políticas sobre as quais os regimes exercem um papel central no âmbito nacional estarem marginalizadas no âmbito internacional.⁵⁷⁶

A avaliação negativa realista pertinente à cooperação internacional advém do fato que, nesse mundo anárquico e hobbesiano, a ausência de um “governo mundial” — isto é, de uma autoridade central capaz de elaborar, aplicar e monitorar o cumprimento das normas de forma coercitiva — leva os Estados a buscarem maximizar a própria segurança, o que os conduz, inevitavelmente, ao conflito.⁵⁷⁷

Assim, conforme o realismo, o cumprimento do direito internacional depende de uma relação de conveniência, convergência, coincidência e compatibilidade entre os interesses dos Estados fortes e as normas internacionais, excluídas as questões fundamentais de segurança

⁵⁷³ O cumprimento é maior na área de direitos humanos, menor na ambiental, seguida pela comercial e, por fim, a de segurança (HAAS, Peter M. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 26. 1997).

⁵⁷⁴ É associada à teoria realista das relações internacionais, a distinção entre “alta política”, geralmente definida como aquela relativa às questões militares e de segurança nacional, e “baixa política”, referindo-se às demais questões, tais como comércio, meio ambiente e direitos humanos. Contudo, advirta-se que “alta política” e “baixa política” não são categorias absolutas, ao contrário, são polos em uma reta. Algumas questões estão exclusivamente de um ou do outro lado desse espectro, outras aparecem em diversos pontos dessa linha, pois Estados diferentes (ou os mesmos Estados em momentos diferentes) podem considerar as mesmas questões de maneira distinta (AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 122. 1998).

⁵⁷⁵ Em sentido contrário: O maior desafio para o primado do direito internacional é o de melhorar a adesão dos Estados às normas mesmo em áreas tradicionalmente consideradas pelos realistas como imunes à regulamentação jurídica (MOORE, John Norton. Enhancing compliance with international law: a neglected remedy. **Virginia Journal of International Law**, v. 39, n. 4, p. 884. 1999).

⁵⁷⁶ Nesse sentido: AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 114. 1998; IRISH, Adam; KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. Bridging the international law-international relations divide: taking stock of progress. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, n. 2, p. 380. 2013; STRANGE, Susan. Cave! Hic dragones: a critique of regime analysis. **International Organization**, v. 36, n. 2, p. 487. 1982; SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 80. 1998.

⁵⁷⁷ Nesse sentido: MUSHKAT, Roda. Compliance with international environmental regimes: chinese lessons. **William & Mary Environmental Law and Policy Review**, v. 34, n. 2, p. 498. 2010; KREPS, Sarah Elizabeth; AREND, Anthony Clark. Why states follow the rules: toward a positional theory of adherence to international legal regimes. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 16, n. 2, p. 337. 2006.

internacional, necessárias à própria existência dos Estados e em que sequer há essa espécie de simulacro de “império da lei internacional”.

3.2.2 *O institucionalismo*

O realismo vem de longe e possui um pedigree intelectual impressionante. No seu tempo, os realistas fizeram relevantes contribuições. Todavia, as recentes mudanças no cenário internacional levaram os estudiosos do direito e das relações internacionais a irem além do realismo,⁵⁷⁸ o que não significa que o realismo desaparecerá ou que se deva desqualificar as suas contribuições, simplesmente que a cooperação internacional, ainda distante do ideal, avançou muito mais do que os realistas esperavam.⁵⁷⁹

Dessa maneira, mantidas por muitos anos, as premissas realistas do auto-interesse ilimitado dos Estados e da sociedade internacional anárquica — não como ausência de hierarquia institucional capaz de impor as normas à política internacional, mas sim no sentido de ausência de normas e instituições internacionais —, passaram a ser questionadas diante das novas características normativas e institucionais da sociedade global. Assim, entre tantas outras variáveis, surgiu uma nova variável dependente, os regimes internacionais, importante para a análise das relações internacionais.⁵⁸⁰

Com o tempo, especificamente, antes do final da década de 1970, os acadêmicos não mais puderam desconsiderar a proliferação de organizações internacionais e a atenção dedicada a elas pelos Estados. A teoria do regime,⁵⁸¹ sob a rubrica de institucionalismo,⁵⁸²

⁵⁷⁸ Para as pretensões deste estudo, não interessam as críticas endereçadas ao completo rol de postulados do realismo e suas vertentes, na qualidade de teoria das relações internacionais, senão somente aquelas referentes às ideias normativas e suas implicações para o direito internacional.

⁵⁷⁹ Nesse sentido: KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 671. 1998; BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 39, n. 1, p. 20. 2000.

⁵⁸⁰ Nesse sentido: SPIRO, Peter J. Globalization, international law, and the academy. **New York University Journal of International Law and Politics**, v. 32, n. 2, p. 582. 2000; KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 660. 1998; KEOHANE, Robert O. Compliance with international commitments: politics within a framework of law. **American Society of International Law Proceedings**, v. 86, p. 177. 1992.

⁵⁸¹ A teoria do regime, uma coleção de teorias que ganhou corpo na década de 1980, debruça-se sobre a criação e a persistência de ordens normativas chamadas de regimes internacionais, e enfatiza as variações normativas nos regimes e seus impactos sobre o comportamento dos Estados, assumindo a conformidade com os compromissos

conquanto muitas vezes ainda complementar ao realismo, atribuiu uma nova ênfase ao papel e ao impacto dos regimes, princípios, normas e procedimentos de tomada de decisões internacionais no comportamento dos Estados. Da visão de Myres McDougal e Harold Lasswell,⁵⁸³ segundo a qual o direito internacional é um processo político e os acadêmicos são veículos de promoção da ordem pública, a de Abram Chayes e Louis Henkin, pela qual o direito internacional é visto como processo jurídico com ênfase em suas aplicações e implicações, os trabalhos de importantes teóricos passaram a desafiar as principais proposições realistas.⁵⁸⁴

Na verdade, os realistas e os institucionalistas convergem sobre o pressuposto de um programa de pesquisa racionalista, qual seja, o de que os Estados — ou qualquer outro ente — agem racionalmente na busca de seus próprios interesses materiais.⁵⁸⁵

Nessa medida, os institucionalistas partem das mesmas premissas realistas de que as relações internacionais são descentralizadas, os interesses estatais são previamente definidos,

internacionais como possível e até provável, em virtude do interesse de longo prazo de cada um de seus membros cooperarem entre si e dos mecanismos para se evitar deserções no curto prazo (RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. *International law, international relations and compliance*. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 538 e 540).

⁵⁸² Por “institucionalismo” entende-se a transferência de poder ao longo do tempo por meio de um tratado ou de uma organização internacional (DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. *Economic analysis of international law*. **Yale Journal of International Law**, v. 24, n. 1, p. 15. 1999).

⁵⁸³ Das suas perspectivas, o direito emana dos confrontos intermináveis entre reivindicações relativas à distribuição de valores que constituem uma característica central de todos os sistemas sociais (YOUNG, Oran R. *International law and social science: the contributions of Myres McDougal*. **American Journal of International Law**, v. 66, n. 1, p. 61 - 62. 1972). Portanto, definem o direito como um conjunto de decisões oficiais e eficazes. “Oficial” significa estar em conformidade com os valores e as expectativas da comunidade, “eficaz” acrescenta um elemento de poder e quer dizer ser capaz de controlar comportamentos. Dessa maneira, em uma comunidade unida por valores comuns, o direito pode ser identificado como a expressão oficial desses valores. Todavia, não há uma comunidade de valores no sistema internacional. Em tal cenário, a função do direito é apoiar a realização de valores, em vez de restringir comportamentos. Dessa definição, o direito internacional funde-se com os processos políticos e sociais que, por um lado, determinam o seu conteúdo, por outro, mantêm uma identidade distinta como direito, o que explica o forte vínculo entre o direito internacional e as relações políticas de poder e interesses, em outras palavras, o direito internacional desempenha funções dentro de um sistema político (BURLEY, Anne-Marie Slaughter. *International law and international relations theory: a dual agenda*. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 210 - 212. 1993).

⁵⁸⁴ Nesse sentido: BURLEY, Anne-Marie Slaughter. *International law and international relations theory: a dual agenda*. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 206. 1993; SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. *International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship*. **American Journal of International Law**, v. 92, n. 3, p. 370. 1998; ACEVES, William J. *Institutionalist theory and international legal scholarship*. **American University Journal of International Law and Policy**, v. 12, n. 2, p. 228 - 229. 1997.

⁵⁸⁵ Nesse sentido: SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. *International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship*. **American Journal of International Law**, v. 92, n. 3, p. 372. 1998; ALKOBY, Asher. *Non-state actors and the legitimacy of international environmental law*. **Non-State Actors and International Law**, v. 3, n. 1, p. 64. 2003; AAKEN, Anne van. *Opportunities for and limits to an economic analysis of international economic law*. **Transnational Corporations Review**, v. 3, n. 1, p. 31. 2011.

os Estados são os atores principais e o poder (por exemplo, a capacidade de retaliação) é a base da ordem jurídica internacional. No entanto, ao contrário dos realistas, os institucionalistas reconhecem a relevância de outros atores (além dos Estados),⁵⁸⁶ com destaque para as instituições internacionais, e de outros interesses (não apenas a segurança), embora os Estados sejam os atores mais importantes e o que os move seja garantir a própria segurança. Exatamente por isso, surgem, no plano internacional, inevitáveis problemas de coordenação entre esses interesses e para resolvê-los, os Estados criam normas e instituições internacionais responsáveis por uma série de mecanismos que vão desde incentivos,⁵⁸⁷ passando pela reciprocidade⁵⁸⁸ e chegando até à pressão por meio de mecanismos de coerção.⁵⁸⁹

Destarte, ambas as abordagens são orientadas pelo poder e dividem a mesma preocupação quanto à necessidade de sanções positivas e negativas para que ocorra o cumprimento do direito internacional, todavia, diferem significativamente quanto ao papel delas no processo de conformidade às normas internacionais. Para os “funcionalistas racionais” as questões econômicas, sociais e ambientais são relevantes e os Estados são incapazes de resolver unilateralmente os problemas internacionais comuns.⁵⁹⁰

Em outras palavras, os racionalistas consideram os atores e os fatores internacionais a partir de uma racionalidade instrumental. Consequentemente, os argumentos institucionalistas diferem-se dos realistas somente quanto à natureza das questões internacionais e à melhor

⁵⁸⁶ Todavia, os institucionalistas também entendem o Estado como uma “caixa preta”, ou seja, pouco importa a ação dos grupos domésticos internos na formação dos interesses estatais (RIBEIRO, Gustavo Ferreira; CAIADO, Jose Guilherme Moreno. Por que uma análise econômica do direito internacional público? desafios e perspectivas do método no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 251. 2015).

⁵⁸⁷ Na visão da análise econômica do direito, a busca por uma estrutura organizacional cria as instituições e otimiza o comportamento dos seus membros. Consequentemente, os indivíduos comportam-se de maneira racional na busca de seus interesses próprios e o direito cumpre o papel de estimular as condutas eficientes e desestimular as condutas ineficientes. Desse modo, as normas são concebidas como incentivos à ação, portanto, as respostas variam de acordo com os estímulos e, a partir de técnicas analíticas, é possível determinar quais normas regulamentam melhor determinadas relações (ROEMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. 2. ed. México: ITAM, 2000, p. 20, 24, 50 e 77).

⁵⁸⁸ As relações de reciprocidade contribuem para manter todas as partes comprometidas com as normas do regime (AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 120 - 121. 1998).

⁵⁸⁹ Nesse sentido: ABBOT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, v. 54, p. 424 - 425 e 448. 2000; ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 134. 2004; ABBOT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n. 1 - 2, p. 13. 2005.

⁵⁹⁰ SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 80 - 81 e 80, nota 02. 1998.

forma de lidar com elas, ou seja, alguns deles, os institucionalistas, sugerem que os interesses materiais dos Estados podem ser alcançados mediante estruturas normativas criadas por instituições.⁵⁹¹

Desse modo, à parte a definição de instituição e de regime,⁵⁹² o institucionalismo é uma resposta à hipótese realista da existência de um ambiente internacional completamente anárquico, não obstante veja os Estados como entes racionais unitários e primários e corrobore a luta pelo poder, pois entende possível superá-la por meio de instituições e regimes internacionais, que influenciam os comportamentos estatais e desempenham um papel facilitador da cooperação internacional.⁵⁹³

⁵⁹¹ KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 663 e 679 - 680. 1998.

⁵⁹² Embora de modo geral ambos os termos sejam empregados indistintamente (HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 478, nota 19, jan. 2005), para se entender as considerações normativas do discurso institucionalista é necessário estabelecer distinções entre a natureza desses dois conceitos usados de várias maneiras por diferentes teóricos e que, em alguns casos, parecem significar quase a mesma coisa (AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 119. 1998). Ambos envolvem conjuntos interrelacionados de normas (formais ou informais) que prescrevem papéis comportamentais, limitam atividades e formam expectativas; porém, o termo “instituições”, embora seja muitas vezes na literatura de relações internacionais discutido mesmo sem ser definido, refere-se a um padrão geral ou categorização de uma atividade, ou determinado arranjo formal ou informal (KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 382 - 383. 1988). Já o termo “regimes” é amplamente definido como acordos governamentais construídos pelos Estados a fim de coordenarem as suas expectativas e organizarem aspectos dos seus comportamentos internacionais em várias áreas. Ele compreende, assim, um elemento normativo, uma prática estatal e um papel organizacional. Uma das principais críticas feitas a esse conceito diz respeito a sua obscuridade e imprecisão, pois não é qualquer conjunto de comportamento acordado que evidencia a existência de um regime. De fato, não há consenso acadêmico sobre onde um regime termina e o outro começa ou sobre qual o limite entre o que é e o que não é um regime, ou seja, não existe nenhum ponto de Arquimedes a partir do qual seja possível identificá-los, porquanto os regimes são criações conceituais e não entidades concretas. Embora ilustrar o problema não o resolva, é preciso considerar que, como qualquer construção analítica das ciências humanas, o conceito de regimes refletirá entendimentos comuns, preferências dos atores e os fins específicos para os quais as análises são feitas; e a exemplo de outros conceitos como “poder”, “Estado” ou “revolução”, continuará a ser contestado (KRATOCHWIL, Friedrich; RUGGIE, John Gerard. International organization: a state of the art on an art of the state. **International Organization**, v. 40, n. 4, p. 759 e 763 - 764. 1986). Diante disso e de acordo com os fins colimados pela presente pesquisa, a construção de um conceito de regime marcadamente diferente daquele da literatura ortodoxa das relações internacionais contribuiu para se identificar oportunidades construtivas de reintegração da política, da economia e do direito na seara internacional. Não faz sentido compreender essas áreas de maneira isolada. Portanto, aqueles que buscam entender os regimes internacionais tornaram-se estudiosos das relações internacionais, no verdadeiro sentido desse termo, procurando elucidar os pontos de conexão entre essas áreas (YOUNG, Oran R. International regimes: toward a new theory of institutions. **World Politics**, v. 39, n. 1, p. 105 e 121 - 122. 1986).

⁵⁹³ Nesse sentido: GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1839 - 1840. 2002; KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 658. 1998; KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 680. 2001; AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 120. 1998.

Irmanados pelos mesmos pressupostos instrumentais, o que dissocia os realistas dos institucionalistas é o caráter anárquico da sociedade internacional e as maneiras de transcendê-lo mediante instituições, ou seja, padrões normativos disciplinadores da ação estatal, e regimes, isto é, as próprias ações estatais destinadas a ajustarem os seus interesses. Portanto, tratam-se de categorias abstratas, dotadas de tênues diferenças, contudo, fundamentais para a compreensão do porquê os Estados cumprem o direito internacional, a partir do entendimento amplo desses conceitos.

A principal crítica do institucionalismo é ao estereótipo realista do poder como uma força contrária ao direito, entre outros interesses estatais mais esclarecidos, capaz de torná-lo irrelevante e sem autonomia.⁵⁹⁴ Mesmo que os institucionalistas entendam a centralidade do poder nas relações internacionais, consideram que as normas internacionais, mediante incentivos ou restrições, produzem resultados significativos.⁵⁹⁵

Dessa forma, por meio do conceito de instituição e de regime, os institucionalistas identificam e explicam a cooperação internacional entre os “egoístas racionais” como um fenômeno teoricamente deduzível e empiricamente verificável. Ao reintroduzirem diálogos normativos nas teorias das relações internacionais, substituem a tradicional hostilidade realista ao direito internacional como mera moralidade ou como um ato de fé, materializada no debate dicotômico da ciência política entre o realismo e o idealismo, pela gramática da eficiência e da transparência na linguagem da escolha racional.⁵⁹⁶

Se o direito internacional é epifenomenal e irrelevante, como querem os realistas, ou seja, não impacta os comportamentos estatais, fica difícil explicar por que os Estados racionais, ao invés de ignorá-lo, empenham grande quantidade de recursos financeiros para a

⁵⁹⁴ Os juristas não devem se curvar às demandas do realismo. Devem estar prontos para defenderem os valores do direito, sua pureza kelseniana. O principal desafio para os juristas não é tanto buscar influenciar o comportamento, ao contrário, é valorizar e preservar a autonomia relativa do direito, pois um direito que tenha perdido a sua autonomia deixa de ser direito (KLABBERS, Jan. The relative autonomy of international law or the forgotten politics of interdisciplinarity. *Journal of International Law & International Relations*, v. 1, n. 1 – 2, p. 41 - 42. 2005).

⁵⁹⁵ Nesse sentido: HALLING, Matt. A law of no gods, no masters: developing and defending a participatory legal system. *Hastings International and Comparative Law Review*, v. 32, n. 1, p. 259. 2009; BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. *American Journal of International Law*, v. 87, n. 2, p. 214. 1993.

⁵⁹⁶ Nesse sentido: SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship. *American Journal of International Law*, v. 92, n. 3, p. 372. 1998; AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. *Virginia Journal of International Law*, v. 38, p. 120. 1998; BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. *American Journal of International Law*, v. 87, n. 2, p. 220 e 221. 1993.

sua criação e o seu desenvolvimento e substanciais esforços para a manutenção das próprias condutas dentro da legalidade internacional, bem como para o monitoramento do comportamento dos demais Estados.⁵⁹⁷

Ademais, se para o realismo, um sistema de resolução de disputas internacionais não importa, torna-se ainda mais complicado entender por que os Estados, inclusive os poderosos, dispendem tempo e dinheiro para defender as próprias condutas, quando acusados de violar o direito internacional.⁵⁹⁸

Na verdade, independentemente do poder de coerção de suas decisões judiciais e da vontade estatal, os tribunais internacionais levam os Estados às instituições internacionais, a fim de justificarem os seus comportamentos e quando confrontados com uma sentença adversa, quase sempre as cumprem.⁵⁹⁹

De fato, não tem poder explicativo, tampouco se confirma na prática, a ideia realista de que os Estados, particularmente os poderosos, não abdicam de seus direitos soberanos de julgarem a si próprios sobre assuntos de interesse nacional vital, portanto, raramente recorrem a terceiros e jamais cumprem as suas decisões quando se revelam indesejadas. As evidências empíricas não comprovam a premissa realista de que é a assimetria do poder, calcado em recurso natural ou capacidade financeira e militar, que determina o cumprimento do direito internacional.⁶⁰⁰

E, ainda, é insustentável negar que a internalização⁶⁰¹ e a codificação das normas internacionais, verdadeiro mantra das Nações Unidas, modificam os comportamentos dos

⁵⁹⁷ Nesse sentido: BLANDFORD, Andrew C. Reputational costs beyond treaty exclusion: international law violations as security threat focal points. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 10, n. 4, p. 681. 2011; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1837 e 1844. 2002; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 11 - 12.

⁵⁹⁸ Nesse sentido: GINSBURG, Tom; MCADAMS, Richard H. Adjudicating in anarchy: an expressive theory of international dispute resolution. **William & Mary Law Review**, v. 45, p. 1239. 2004; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1838 e 1844. 2002.

⁵⁹⁹ Nesse sentido: GINSBURG, Tom; SHAFFER, Gregory. How does international law work? what empirical research shows. **Minnesota Legal Studies Research**, Paper n. 09-54, p. 11. 2009; KREPS, Sarah Elizabeth; AREND, Anthony Clark. Why states follow the rules: toward a positional theory of adherence to international legal regimes. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 16, n. 2, p. 386 - 387. 2006.

⁶⁰⁰ SIMMONS, Beth A. Capacity, commitment, and compliance: international institutions and territorial disputes. **Journal of Conflict Resolution**, v. 46, p. 838, 840, 842 e 845. 2002.

⁶⁰¹ Essa ideia é uma característica central da teoria do “processo jurídico transnacional” segundo a qual o cumprimento das normas internacionais não se explica inteiramente pelos benefícios funcionais que ele proporciona, senão, em vez disso, pelo processo de internalização das normas jurídicas internacionais nos conjuntos de valores internos dos sistemas jurídicos nacionais (SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO,

Estados. Todavia, para os realistas, não há relação entre a capacidade regulatória, interna ou internacional, e o cumprimento do direito internacional.⁶⁰²

Com efeito, as relações internacionais cotidianamente demonstram que os mecanismos jurídicos de indução ao cumprimento das normas e decisões internacionais adversas aos interesses dos Estados dominantes não respeitam latitudes determinadas por recursos de poder, condições materiais, distinções entre direito interno e direito internacional, ou quaisquer outras barreiras que um realista possa levantar.

Dessa maneira, as instituições são essenciais ao cumprimento das normas internacionais. A cooperação entre os Estados é facilitada pelas expectativas sobre os comportamentos geradas pela interação e comunicação entre os Estados, pelo fornecimento de informações imparciais e transparentes,⁶⁰³ pela redução dos custos transacionais a partir da construção de padrões comuns nas negociações, pelos mecanismos hierárquicos e coercitivos de solução de conflitos aplicados por agentes neutros em relação às situações de conflito.⁶⁰⁴

Em síntese, o efeito independente das instituições internacionais sobre o comportamento dos Estados estabiliza as expectativas, reduz os custos de transação das negociações, majora o custo de deserção pela “sombra do futuro”,⁶⁰⁵ aumenta a disponibilidade de informações, fornece (ou favorece a criação de) mecanismos de controle,

Andrew S.; WOOD, Stepan. International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship. **American Journal of International Law**, v. 92, n. 3, p. 391. 1998).

⁶⁰² Nesse sentido: GINSBURG, Tom; SHAFFER, Gregory. How does international law work? what empirical research shows. **Minnesota Legal Studies Research**, Paper n. 09-54, p. 22. 2009; HATHAWAY, Oona A. Do human rights treaties make a difference? **Yale Law Journal**, v. 111, n. 8, p. 1962 - 1963. 2002; RAUSTIALA, Kal. The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law. **Virginia Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 78. 2002; RATNER, Steven R. Overcoming temptations to violate human dignity in times of crisis: on the possibilities for meaningful self-restraint. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 5, n. 1, p. 100. 2004.

⁶⁰³ A teoria do regime, com destaque para as contribuições de Keohane, é crítica ao realismo na medida em que as informações fornecidas pelas instituições devem ser adicionadas ao poder na lista de variáveis sistêmicas determinantes do comportamento do Estado (BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 219. 1993).

⁶⁰⁴ Nesse sentido: ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 135. 2004; ACEVES, William J. Critical jurisprudence and international legal scholarship: a study of equitable distribution. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 39, p. 390, 2001; HENKIN, Louis. **How nations behave: law and foreign policy**. 2. ed. New York: Columbia University, 1979, p. 20 - 21 e 29.

⁶⁰⁵ Pela expressão “sombra do futuro”, os cientistas sociais referem-se às expectativas de cooperação futura em virtude de decisões presentes tomadas por agentes racionais mediante sanções diretas (retaliações), reputacionais e de reciprocidade (Nesse sentido: GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 41; KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 353. 1998).

soluciona os eventuais conflitos, eleva os ônus dos compromissos e relaciona comportamentos em diferentes questões.⁶⁰⁶

Embora isso implique a perda de parcela da autonomia estatal,⁶⁰⁷ os acordos institucionais são a “sombra do futuro”, ou seja, a partir de interações repetidas e de longo prazo, oferecem um maior nível de previsibilidade do comportamento dos outros Estados, na medida em que reduzem incertezas e incorporam novas informações com rapidez e eficiência, favorecendo a concretização da meta internacional de todo Estado: maximizar segurança e bem-estar.⁶⁰⁸

Além disso, os institucionalistas argumentam que as instituições contribuem para o cumprimento do direito internacional, pois diminuem os custos de controle e punição dos violadores das normas internacionais,⁶⁰⁹ portanto, as instituições afetam os comportamentos estatais independentemente do poder.⁶¹⁰

Porém, consoante os institucionalistas, na qualidade de racionalistas, o comportamento dos Estados é influenciado diretamente por seus interesses próprios e indiretamente pelas normas internacionais, portanto, o direito e as instituições internacionais servem apenas a uma função limitada, isto é, desempenham um papel restrito nas relações internacionais⁶¹¹ de

⁶⁰⁶ KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 352 - 353. 1998.

⁶⁰⁷ A exemplo do que ocorre dentro de cada Estado, no plano internacional, os atores são originalmente individualistas e estão dispostos a trocar autonomia por benefícios próprios. Portanto, a sociedade internacional seria o equivalente ao mercado, ou seja, um ambiente de cooperação propício à maximização de preferências (DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. Economic analysis of international law. **Yale Journal of International Law**, v. 24, n. 1, p. 13. 1999).

⁶⁰⁸ HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 68 - 69, 75 - 76 e 87. 2012.

⁶⁰⁹ Na maioria das vezes, os debates sobre o cumprimento do direito internacional giram somente em torno de estratégias *ex post*, ou seja, dos meios para a produção de conformidade — assistência e dissuasão —, a partir da ameaça de sanção ou sanção efetiva em caso de violação, em detrimento de mecanismos *ex ante* — prevenção e controle —, responsáveis pela construção de barreiras à não-conformidade a um regime ou pela mudança de processos decisórios internos dos Estados (RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 552).

⁶¹⁰ Nesse sentido: GINSBURG, Tom; SHAFFER, Gregory. How does international law work? what empirical research shows. **Minnesota Legal Studies Research**, Paper n. 09-54, p. 01. 2009; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1840. 2002; ABBOT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n. 1 - 2, p. 13. 2005.

⁶¹¹ Para entender o direito internacional é fundamental reconhecer que se trata de apenas um dos muitos fatores que compõe os incentivos estatais. Sobrestimá-lo significa subestimar os demais fatores (GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 15).

coordenar as respostas aos problemas estatais comuns, consoante os seus próprios interesses.⁶¹²

Em outras palavras, para os institucionalistas, o direito internacional altera a estrutura de incentivos da sociedade internacional, transformando os comportamentos estatais, contudo, as normas internacionais são forjadas pelos interesses estatais, destarte, há uma relação de causa e efeito entre os interesses dos Estados e o direito internacional, não entre o direito internacional e os comportamentos dos Estados.⁶¹³

Sob essa teoria de cooperação, os Estados são inclinados a descumprirem o direito internacional, com base em uma avaliação egoísta e racional da utilidade da política internacional para os seus interesses (ou preferências⁶¹⁴ ou crenças) exogenamente definidos (as), não obstante, essa violação seja susceptível a respostas recíprocas e à aplicação de sanções. Portanto, para os teóricos racionalistas da cooperação interestatal, as normas internacionais não determinam os interesses (ou preferências ou crenças) dos Estados, simplesmente viabilizam a realização de políticas internacionais que melhor refletem esses interesses, o que é algo, ainda que de maneira sutil, diferente do pressuposto realista de que os Estados cooperam somente quando lhes convêm.⁶¹⁵

À luz desse pensamento, na busca racional⁶¹⁶ dos próprios interesses, os Estados criam e cumprem regimes internacionais, cujas normas internacionais modificam os cálculos de custos e benefícios, conseqüentemente, determinam os comportamentos estatais, quando os

⁶¹² Nesse sentido: HALLING, Matt. A law of no gods, no masters: developing and defending a participatory legal system. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 32, n. 1, p. 260. 2009; ALKOBY, Asher. Non-state actors and the legitimacy of international environmental law. **Non-State Actors and International Law**, v. 3, n. 1, p. 66. 2003.

⁶¹³ HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 270 e 280. 2015.

⁶¹⁴ Desse modo, entendem-se as preferências como gostos específicos, cujo pressuposto é a racionalidade dos agentes (GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 26, jan./jun. 2010).

⁶¹⁵ Nesse sentido: BANKS, Kevin. Trade, labor and international governance: an inquiry into the potential effectiveness of the new international labor law. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 32, n. 1, p. 76. 2011; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 17; KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 352 - 353. 1998.

⁶¹⁶ Consoante os conceitos de “racionalidade” e de “escolha racional” extraídos do método econômico, pode-se afirmar que: (i) os atores são racionais, portanto, visam maximizar os seus interesses ou preferências, a partir de cálculos de custos e benefícios; (ii) a ordem jurídica deita raízes na ideia de criação de custos e benefícios e nos cálculos (não necessariamente monetários) feitos pelos sujeitos de direito, destarte, os comportamentos são ora desestimulados pelos custos impostos por sanções (administrativas, civis ou penais), ora estimulados por normas premiais, que criam benefícios (RIBEIRO, Gustavo Ferreira; CAIADO, Jose Guilherme Moreno. Por que uma análise econômica do direito internacional público? desafios e perspectivas do método no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 251. 2015).

benefícios excedem os custos. Assim, para os teóricos institucionalistas, o cumprimento ocorre somente quando os prejuízos não superam as benesses. De fato, a cooperação não será possível, na verdade, sequer fará algum sentido,⁶¹⁷ se as normas das instituições ou dos regimes internacionais representarem consideráveis custos estratégicos para os Estados, nos termos de seus interesses particulares e imediatos.⁶¹⁸

Conforme o institucionalismo, isso não significa jamais que o cumprimento ocorre apenas quando os Estados entendam mais conveniente, senão quer dizer somente que, na qualidade de entes soberanos, os Estados não são naturalmente projetados para o cumprimento das normas e das decisões internacionais. Exatamente para afastar qualquer tipo de comportamento oportunista estatal, as instituições criam incentivos à adequação entre os quadros normativos e as condutas dos Estados, consoante as suas próprias preferências, exogenamente definidas, a partir de cálculos racionais de custo e benefício.

Em resumo, o instrumentalismo racional busca com o direito internacional ajustar os ônus e os bônus da cooperação internacional entre os Estados, a partir de um ponto de coordenação entre os seus interesses, por meio de estruturas de incentivo, ou seja, sanções positivas e negativas capazes de fazer, num cenário internacional marcado por interesses estatais conflitantes e sem troca de informações e relações de confiança entre os parceiros, com que os ganhos no longo prazo pelo cumprimento das normas internacionais superem os ganhos no curto prazo em razão do descumprimento delas.⁶¹⁹

Dessa forma, há uma estrutura básica das relações de regulamentação nas instituições internacionais, embora distinta do ambiente doméstico, que legitima as estratégias de promoção do cumprimento do direito internacional a partir dos custos ou benefícios gerados

⁶¹⁷ Um compromisso internacional torna-se “inconveniente”, quando os Estados têm um incentivo, a partir do ponto de vista de seu interesse individual, de violar aquilo com que estavam comprometidos, isto é, as normas internacionais obrigam os Estados a agirem em situações em que não agiriam ou a não agirem em situações em que agiriam (KEOHANE, Robert O. Compliance with international commitments: politics within a framework of law. **American Society of International Law Proceedings**, v. 86, p. 177. 1992).

⁶¹⁸ Nesse sentido: KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 352. 1998; HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 478 - 479, jan. 2005; HALLING, Matt. A law of no gods, no masters: developing and defending a participatory legal system. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 32, n. 1, p. 260. 2009; AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 124. 1998; BLANDFORD, Andrew C. Reputational costs beyond treaty exclusion: international law violations as security threat focal points. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 10, n. 4, p. 726. 2011.

⁶¹⁹ BANKS, Kevin. Trade, labor and international governance: an inquiry into the potential effectiveness of the new international labor law. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 32, n. 1, p. 76 - 77. 2011.

para os Estados pelas normas internacionais, isto é, como resultado ou do medo de sanções ou do desejo por um ganho material.⁶²⁰

Outrossim, na garantia dos compromissos normativos assumidos em um sistema internacional anárquico, muitas vezes, uma boa reputação⁶²¹ é mais importante do que a aplicação coercitiva das normas de uma instituição. Desse modo, os Estados guiam-se por incentivos reputacionais advindos do cumprimento das normas internacionais.⁶²²

Dessa forma, a reputação é o principal mecanismo de garantia do cumprimento do direito internacional. A reputação de cumpridor das normas internacionais confere credibilidade aos Estados, tornando menos onerosas as suas negociações futuras, e confiança aos regimes como foros adequados para os Estados alcançarem seus interesses de longo prazo. Em contraponto, a fim de obterem ganhos imediatos, por meio de comportamentos violadores, os Estados submetem-se a altos custos futuros das sanções impostas pelo seu descumprimento das normas internacionais.⁶²³

A reputação e a reciprocidade são os principais fatores explicativos do cumprimento do direito internacional independentemente de mecanismos coercitivos. Os Estados suportam

⁶²⁰ Nesse sentido: KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 365. 1998; BARADARAN, Shima; FINDLEY, Michael; NIELSON, Daniel; SHARMAN, J. C. Does international law matter? **Minnesota Law Review**, v. 97, n. 3, p. 752 - 756. 2013.

⁶²¹ Os acadêmicos do direito internacional utilizam o termo “reputação” para se referirem, simultaneamente, a dois conceitos: (i) a extensão em que um Estado é considerado um membro respeitável da comunidade internacional; e (ii) o grau em que um Estado cumpre os seus compromissos internacionais. Isso gera confusão, uma vez que, pelo menos em teoria, ambos os conceitos podem afetar o nível de cumprimento das normas internacionais por parte de um Estado e o primeiro conceito, até certo ponto, decorre do segundo. Diz-se “até certo ponto”, porque não há uma teoria que explique como os dois conceitos estão ligados. Para a teoria da escolha racional, o significado do termo limita-se ao segundo conceito, isto é, independe de estarem ou não os Estados motivados a respeitarem o direito internacional por medo do opróbrio internacional. A confiabilidade no cumprimento dos compromissos internacionais determina o valor de um Estado como um parceiro em potencial e a disposição dos demais em se comprometerem em troca. É essa a dimensão racional da reputação que interessa aos economistas e à maioria dos cientistas políticos (DOWNS, George W.; JONES, Michael A. Reputation, compliance, and international law. **Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 1, p. S96. 2002).

⁶²² Nesse sentido: KEOHANE, Robert O. International relations and international law: interests reputation, institutions. **American Society of International Law Proceedings**, v. 93, p. 378 - 379. 1999; KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 352. 1998.

⁶²³ Nesse sentido: BANKS, Kevin. Trade, labor and international governance: an inquiry into the potential effectiveness of the new international labor law. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 32, n. 1, p. 77. 2011; HALLING, Matt. A law of no gods, no masters: developing and defending a participatory legal system. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 32, n. 1, p. 257. 2009; BEEKARRY, Navin. International anti-money laundering and combating the financing of terrorism regulatory strategy: a critical analysis of compliance determinants in international law. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 31, n. 1, p. 182. 2011; SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 81. 1998.

custos presentes a fim de lograrem benefícios futuros e garantirem o cumprimento das normas e decisões internacionais pelos demais. Isso reforça o papel das instituições, em que pesem as peculiaridades da sociedade internacional.

Ainda que haja muitas variações,⁶²⁴ as teorias orientadas pelo poder seguem o raciocínio consequencialista ou a denominada a “lógica das consequências”, isto é, as ações de indivíduos, organizações ou Estados são impulsionadas por cálculos de interesses de acordo com preferências prévias,⁶²⁵ materiais, altruístas, ou uma mistura das duas, mas sempre anteriores à interação política e estáveis ao longo do tempo, portanto, na expectativa das consequências, os Estados criam e cumprem as normas internacionais, se houver alguma recompensa para fazê-los, e, quando houver, em função dos ganhos esperados.⁶²⁶

Especificamente, a teoria institucionalista sugere que, por um lado, os Estados têm grandes incentivos em cumprir as normas internacionais referentes às questões de “baixa política”, ou seja, aquelas pertinentes aos temas econômicos, sociais e culturais, cujos benefícios da cooperação são maiores do que as vantagens do unilateralismo; por outro, as normas internacionais influenciam muito pouco o comportamento dos Estados nas questões de “alta política”, isto é, aquelas definidas pelas preocupações estatais de segurança relativas aos assuntos de guerra e paz, se as normas internacionais não coincidem com os seus objetivos políticos.⁶²⁷

⁶²⁴ Uma abordagem juseconômica analisa as normas, a partir de suas consequências, em termos de custos e benefícios, a fim de dimensionar qual delas é mais adequada a determinada situação (RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JR, Ivo Teixeira. **O jurista que calculava**. Curitiba: CRV, 2013, p. 12 -14 e 19 - 20). Para a avaliação das políticas públicas, não há uma opção superior, em termos de princípios morais, ao exame do custo-benefício, cuja difusão corrobora a tendência internacional ao livre-mercado (POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 137 - 140).

⁶²⁵ Por razões metodológicas, o modelo de escolha racional considera que as preferências dos atores (indivíduos ou Estados) são determinadas: somente se uma variável é mantida constante (preferências) é possível testar a hipótese das consequências para os comportamentos dos atores, quando enfrentam restrições (normas). Se ambas as variáveis oscilam, seria impossível explicar uma mudança de comportamento (AAKEN, Anne van. Opportunities for and limits to an economic analysis of international economic law. **Transnational Corporations Review**, v. 3, n. 1, p. 44. 2011).

⁶²⁶ Nesse sentido: HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 476 - 477 e 479, jan. 2005; ALKOBY, Asher. Theories of compliance with international law and challenge of cultural difference. **Journal of International Law and International Relations**, v. 4, p. 192 - 193. 2008.

⁶²⁷ Nesse sentido: AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 123. 1998; BRADFORD, William C. International legal compliance: an annotated bibliography. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. 30, p. 381 - 382, 2004; BRADFORD, William C. International legal compliance: surveying the field. **Georgetown Journal of International Law**, v. 36, p. 497, 2005.

Segundo o realismo, os ganhos absolutos advindos da cooperação internacional entre os Estados representam outrossim uma percepção de perda relativa,⁶²⁸ comprometendo novas ações estatais cooperativas. Todavia, não considera que, de acordo com os próprios termos dessa tese, mesmo na área de segurança internacional, central para o pensamento realista, dois Estados podem auferir, ao mesmo tempo, ganhos absolutos entre si e relativos quanto aos demais.⁶²⁹

Assim sendo, a partir de vários modelos — por exemplo, a teoria da escolha racional e a teoria dos jogos —, a visão estruturalista modificada vai além da realista ao entender que, em um mundo marcado pela interdependência, as relações internacionais não são insuscetíveis, tampouco uniformemente suscetíveis, ao direito internacional, ou seja, há uma relação direta entre as variáveis causais básicas do sistema internacional, quais sejam, as estruturas institucionais, em algumas áreas e diante de determinadas circunstâncias, e o comportamento dos Estados.⁶³⁰

Dessa maneira, tornam-se imprescindíveis algumas considerações sobre a teoria da escolha racional, com especial destaque à teoria dos jogos.

A teoria da escolha racional explica a existência e a efetividade do direito internacional a partir da ação racional dos Estados que, cientes do impacto do direito

⁶²⁸ A presunção de que os cálculos estatais de “ganhos relativos” comprometem os esforços de criação de normas e instituições internacionais está implícita nas premissas realistas (BECK, Robert J. *International law and international relations: the prospects for interdisciplinary collaboration*. **Journal of International Legal Studies**, v. 1, n. 2, p. 142. 1995). Em contrapartida, o fenômeno da negociação pós-acordo altera as premissas fundamentais do realismo, pois, ao invés de diminuir, explica a variação do poder das normas e dos regimes internacionais. Nessa fase, as proposições gerais realistas sobre o poder das normas internacionais são enganosas. Concentrar-se apenas na forma como os ganhos são distribuídos nas negociações pré-acordo significa negligenciar o fato de que os resultados de acordos já celebrados podem ser alterados. Independentemente de saber se os Estados são motivados por ganhos absolutos ou relativos, a negociação pós-acordo redistribui os ganhos e, assim, altera as condições em que os Estados estão inseridos no acordo (JÖNSSON, Christer; TALLBERG, Jonas. *Compliance and post-agreement bargaining*. **European Journal of International Relations**, v. 4, n. 4, p. 398. 1998).

⁶²⁹ GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 18.

⁶³⁰ Nesse sentido: KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 351 - 352. 1998; KRASNER, Stephen D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. **International Organization**, v. 36, n. 2, p. 191 - 192. 1982; ALKOBY, Asher. Non-state actors and the legitimacy of international environmental law. **Non-State Actors and International Law**, v. 3, n. 1, p. 66 - 67. 2003.

internacional sobre os seus comportamentos, envolvem-se em negociações e vinculam-se por meio de normas internacionais, a fim de concretizarem os seus interesses próprios.⁶³¹

Em outras palavras, a participação dos Estados no sistema jurídico internacional, de acordo com uma ética consequencialista, é “racional maximizadora”, ou seja, determinada por uma estrutura jurídica de incentivos capaz de influenciar os comportamentos, quando os benefícios do cumprimento das normas internacionais superam os custos de descumpri-las.⁶³²

Da mesma maneira, se os custos do cumprimento forem maiores do que os seus benefícios, as sanções reputacionais e diretas serão inócuas, portanto, espera-se a violação estatal do direito internacional. Destarte, a partir de uma nova perspectiva, o modelo racional prevê os comportamentos estatais sem diminuir a capacidade do direito internacional de determiná-los, ao esclarecer por que e quando os Estados cumprem e, inclusive, descumprem as normas internacionais.⁶³³

Por meio de uma única ferramenta lógica, a abordagem metodológica da escolha racional, ao explicar tanto o conflito, quanto a cooperação, unifica o modo de análise e concebe as duas correntes opostas ao longo da história das teorias das relações internacionais, o realismo e o liberalismo, como o reflexo de determinantes situacionais e não estruturais, o que em termos da teoria dos jogos, assemelha-se a um dilema de prisioneiros, pautado pelo valor das recompensas futuras em detrimento das imediatas e pela possibilidade de abandonar a cooperação.⁶³⁴

A teoria dos jogos é uma forma gráfica da teoria da escolha racional. Um jogo — cujos elementos necessários são: os jogadores, suas opções, os resultados pretendidos pelos jogadores e como eles valorizam esses resultados, chamados de *payoffs* — é um modelo

⁶³¹ Nesse sentido: HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 262 - 282. 2015; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1841. 2002; HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 270. 2015.

⁶³² Nesse sentido: GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 22 - 23, jan./jun. 2010; GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1841. 2002; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 12; ALKOBY, Asher. Theories of compliance with international law and challenge of cultural difference. **Journal of International Law and International Relations**, v. 4, p. 155. 2008.

⁶³³ GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1827 e nota 08, 1860 - 1861 e 1886. 2002.

⁶³⁴ KRATOCHWIL, Friedrich; RUGGIE, John Gerard. International organization: a state of the art on an art of the state. **International Organization**, v. 40, n. 4, p. 762. 1986.

situacional em que dois ou mais agentes racionais devem tomar decisões, de acordo com as suas preferências, que afetam a si mesmos e aos outros.⁶³⁵

Ademais, deve pressupor um conhecimento comum sobre as regras do jogo, as escolhas possíveis e os atores envolvidos. Conforme o jogo progride, as informações⁶³⁶ reveladas pelos movimentos feitos pelos jogadores afastam eventuais incertezas⁶³⁷ e, dadas as preferências, permitem aos jogadores uma variedade de estratégias,⁶³⁸ dentro de um quadro analítico racionalista.⁶³⁹

Especificamente sobre como o direito e as instituições internacionais influenciam a cooperação internacional, as análises teóricas dos jogos sugerem que o comportamento de um Estado⁶⁴⁰ depende das ações tomadas e das expectativas sobre as ações que serão tomadas⁶⁴¹ pelos demais Estados. Portanto, é necessário identificar os incentivos estratégicos do cumprimento ou da violação das normas internacionais, cuja ilustração mais conhecida é o “dilema dos prisioneiros”, pelo qual dois suspeitos de serem cúmplices em um crime, sem que

⁶³⁵ ABBOTT, Kenneth W. Modern international relations theory: a prospectus for international lawyers. **Yale Journal of International Law**, v. 14, n. 2, p. 354 - 355. 1989.

⁶³⁶ A relevância das ações dos outros jogadores torna a informação sobre essas ações um componente central do jogo (GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. **Principles and methods of law and economics: basic tools for normative reasons**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 51). Com efeito, a grande lição da teoria dos jogos moderna é a importância da variável “informação”. O comportamento estatal é sensível a diferentes condições de informação, porquanto a política internacional envolve interação estratégica (KEOHANE, Robert O. International relations and international law: interests reputation, institutions. **American Society of International Law Proceedings**, v. 93, p. 378. 1999), ainda que em relação à escala relativa dos custos de informação nos sistemas domésticos, o custo de produção e distribuição de informações sobre o comportamento do Estado represente uma pequena fração da utilidade da cooperação no sistema internacional, ademais das significativas assimetrias entre os Estados em termos do custo relativo e do valor de produzir as informações (NORMAN, George; TRACHTMAN, Joel. Measuring the shadow of the future: an introduction to the game theory of customary international law. **University of Illinois Law Review**, v. 2008, n. 1, p. 143. 2008).

⁶³⁷ Agir racionalmente significa tomar decisões, embora, muitas vezes, em cenários de grande incerteza, o que perfaz e unifica muitas das diferentes questões jurídicas (POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 11 e 17).

⁶³⁸ Em termos de teoria dos jogos, “estratégia” é a melhor escolha feita por um jogador diante da melhor escolha feita por seu adversário (GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. **Principles and methods of law and economics: basic tools for normative reasons**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 51).

⁶³⁹ KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 679. 1998.

⁶⁴⁰ Além de Estados, há outros jogadores: entidades subestatais, organizações não governamentais (ONGs) e indivíduos. Contudo, diante desse universo, pressupõe-se que os Estados são atores com preferências unitárias. E mesmo com essa simplificação, há um significativo problema com a obtenção de informações sobre as posições e as práticas estatais, bem como a coordenação delas (NORMAN, George; TRACHTMAN, Joel. Measuring the shadow of the future: an introduction to the game theory of customary international law. **University of Illinois Law Review**, v. 2008, n. 1, p. 141. 2008).

⁶⁴¹ Os tomadores de decisão, outrossim nomeados jogadores ou agentes, são racionais, ou seja, estão cientes dos (das limitações e restrições aos) seus objetivos e preferências e, diante disso, são capazes de eleger a melhor ação possível. Portanto, a teoria dos jogos tem como pressupostos o comportamento racional e o relacionamento entre os agentes, além disso, pode contribuir para que os escopos normativos sejam atingidos (HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 115 - 116).

haja provas suficientes para serem condenados, são interrogados em celas separadas, assim, não há possibilidade de comunicação entre eles. Caso ambos confessem, serão condenados à pena mais pesada. Se nenhum deles confessar, ambos receberão sentenças brandas. Caso apenas um deles confesse, a sua pena será ainda mais leve, porém, a do outro condenado será ainda mais dura. Destarte, os ganhos coletivos da cooperação entre si (ou seja, não confessar) são grandes, no entanto, não serão auferidos, se os acusados optarem por não cooperar (isto é, confessar).⁶⁴²

Desse modo, o dilema dos prisioneiros é caracterizado pelo embate entre os interesses coletivos e os interesses individuais dos jogadores, uma vez que ambos possuem estratégias dominantes, quais sejam, aquelas que lhes atribuem os maiores *payoffs*, também chamadas de “equilíbrio de Nash”.⁶⁴³

Dessa forma, como representação das relações internacionais, o dilema dos prisioneiros é um jogo em que os jogadores são os Estados, diante da situação de conformarem-se ou não à determinada norma internacional, cujos pressupostos são de que (i) cada Estado está em melhor condição se violar a norma internacional, enquanto o outro a cumpre, e (ii), ambos os Estados estão em melhores condições se ambos cumprirem do que se ambos violarem a norma internacional.

Supondo que se trate de um jogo não repetido — isto é, que tenha uma única rodada — e de movimentos simultâneos — ou seja, cada jogador desconhece a ação do outro —, também chamado de jogo de informação (ou conhecimento) imperfeita (o), as condutas dos Estados prescindem das normas internacionais, porquanto o equilíbrio torna-se um comportamento não cooperativo.⁶⁴⁴

Dessa maneira, por sua própria natureza, no dilema dos prisioneiros como jogo não sequencial — em outras palavras, jogado uma única vez e sem que um jogador conheça a decisão do outro —, os interesses coletivos diferenciam-se dos individuais. Nas relações

⁶⁴² Nesse sentido: HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 62 - 63. 2012; HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 265, nota 10. 2015.

⁶⁴³ HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 116 - 121.

⁶⁴⁴ Nesse sentido: GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1842 - 1844. 2002; HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 116 - 121.

internacionais, isso conduz os Estados à detração pela busca de ganhos relativos sobre os demais e, conseqüentemente, ao fracasso da cooperação internacional, como equilíbrio resultante do choque entre os incentivos coletivos e os individuais, portanto, o direito internacional não afeta os comportamentos estatais.⁶⁴⁵

Num jogo em que os jogadores não podem manter contato entre si e assim um não sabe como será o movimento do outro, embora a cooperação favoreça a todos, um não tem a certeza da conduta do outro, portanto, em prol de benefícios próprios, os jogadores optam por não cooperar. Todavia, a ação racional de cada um deles reduz inevitavelmente os ganhos de ambos. Diante disso, somente a partir da cooperação as partes podem obter informações e, verdadeiramente, maximizar vantagens. Destarte, o modelo do dilema dos prisioneiros ilustra a maneira pela qual o direito e as instituições internacionais, mediante mecanismos de comunicação e compromisso, promovem a cooperação internacional, com base em jogos reiterados,⁶⁴⁶ até o ponto em que se torna do interesse de cada jogador cooperar.⁶⁴⁷

Dessa forma, a estratégia dominante do dilema dos prisioneiros é o equilíbrio ineficiente da violação mútua, porém, uma das maneiras de mudar o jogo é repeti-lo, porquanto a repetição produz o equilíbrio eficiente da conformidade, uma vez que as ações passadas condicionam as presentes e os *payoffs* futuros (paciência) esperados são preferidos aos *payoffs* presentes (impaciência). Do ponto de vista racionalista dos mecanismos de indução ao cumprimento do direito internacional, e a partir dos papéis desempenhados pela

⁶⁴⁵ Nesse sentido: ABBOTT, Kenneth W. Modern international relations theory: a prospectus for international lawyers. **Yale Journal of International Law**, v. 14, n. 2, p. 361- 362. 1989; RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 554, nota 09; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 32; HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 127.

⁶⁴⁶ O registro do comportamento pretérito de um jogador em relação à cooperação indica a sua intenção de cooperar no futuro. A maneira como isso pode ser percebido pelos demais diminui o risco das tentações não cooperativas do curto prazo (ABBOTT, Kenneth W. Modern international relations theory: a prospectus for international lawyers. **Yale Journal of International Law**, v. 14, n. 2, p. 363 - 367. 1989).

⁶⁴⁷ Nesse sentido: MCGUINNESS, Margaret E. Exploring the limits of international human rights law. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 34, n. 2, p. 400, nota 31. 2006; DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. Economic analysis of international law. **Yale Journal of International Law**, v. 24, n. 1, p. 44. 1999; KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 680 - 681. 2001.

reciprocidade e pela reputação,⁶⁴⁸ o quanto os Estados valorizam os *payoffs* futuros determina o quanto a “sombra do futuro” afeta os comportamentos estatais.⁶⁴⁹

Além do fato de uma violação produzir outra recíproca e do desejo das partes por compromissos confiáveis no futuro e boas reputações, os custos de eventuais retaliações são mais uma razão para os Estados cooperarem. Por amor à brevidade, três “Rs” — reciprocidade, reputação e retaliação — explicam como a cooperação internacional resolve o dilema dos prisioneiros e por que os Estados cumprem o direito internacional. Simples assim: a decisão de violar o direito internacional impõe custos retaliatórios, reputacionais e de reciprocidade aos Estados e, para evitá-los, os Estados conformam-se ao direito internacional.⁶⁵⁰

Portanto, os Estados buscam maximizar os próprios interesses no plano internacional, contudo, como as relações são iteradas e as condições limitadas, o raciocínio estratégico do dilema dos prisioneiros demonstra que o receio das consequências de agir de maneira egoísta e unilateral conduz os Estados ao ajuste internacional de interesses coletivos, transformando o jogo em um jogo de coordenação, com uma probabilidade muito maior de conformidade, a partir dos papéis de comunicação, monitoramento e adjudicação desempenhados pelas instituições internacionais.⁶⁵¹

O principal fator do comportamento estatal cooperativo é que as relações internacionais ocorrem indefinidamente⁶⁵² ao longo do tempo e em diversos regimes.

⁶⁴⁸ No modelo do dilema dos prisioneiros, a reciprocidade e a reputação induzem o cumprimento das normas internacionais e são as medidas da “sombra do futuro” do comportamento estatal (TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 62).

⁶⁴⁹ NORMAN, George; TRACHTMAN, Joel. Measuring the shadow of the future: an introduction to the game theory of customary international law. **University of Illinois Law Review**, v. 2008, n. 1, p. 132 – 133 e 138 – 140 e 146. 2008.

⁶⁵⁰ GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 32 - 33 e 39 - 40 e 55.

⁶⁵¹ Nesse sentido: HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 272. 2015; NORMAN, George; TRACHTMAN, Joel. Measuring the shadow of the future: an introduction to the game theory of customary international law. **University of Illinois Law Review**, v. 2008, n. 1, p. 129 - 130 e 134. 2008; TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 37.

⁶⁵² Não basta que os Estados interajam repetidamente se houver um período final de tempo (GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 42). A repetição por si só não garante a cooperação, caso cada Estado saiba com antecedência que o jogo será repetido um número finito de vezes, pois, a partir de uma base racional, na rodada final o equilíbrio volta a ser a violação como estratégia dominante de cada parte. Portanto, para que seja do interesse próprio de cada Estado cumprir o proposto, é importante que as partes não saibam quando o jogo acabará. Ademais de fatores como o número de rodadas previstas e a frequência da repetição, são relevantes o número de jogadores (no âmbito de acordos bi ou

Portanto, as instituições internacionais produzem grande quantidade de informação, consequentemente, modificam os *payoffs* estatais,⁶⁵³ tornando racionalmente mais benéfico para os Estados a cooperação internacional. Por isso, a fim de atingirem os maiores *payoffs* possíveis, os Estados criam e cumprem as normas internacionais, a partir de uma estrutura de incentivos.⁶⁵⁴

A título de exemplo, a estratégia dominante do modelo do dilema dos prisioneiros nas relações comerciais internacionais é a imposição de tarifas, porém, o protecionismo conduz ambos os Estados a uma situação pior, na medida em que o direito internacional modifica os *payoffs* estatais, ao fornecer incentivos e punições suficientes para se atingir um equilíbrio eficiente na liberalização comercial.⁶⁵⁵ Isso explica por que, do GATT à OMC, os Estados aceitam normas internacionais compulsórias de redução de tarifas.⁶⁵⁶

Ademais, nos jogos repetidos, por um lado, quando um jogador cumpre, incentiva o mesmo comportamento nos demais, por exemplo, a abertura econômica ou o respeito ao meio ambiente por parte de um Estado aumenta a probabilidade de cumprimento dos outros, porque eleva os seus prováveis ganhos (morais, no caso dos direitos humanos); por outro lado, quando um jogador descumpre, uma das possíveis estratégias de equilíbrio é a “punição eterna”, ou seja, a disposição do outro jogador, a partir daí, de violar em todas as rodadas

multilaterais) e o grau de importância do acordo para um Estado, bem como o seu relacionamento com outras questões. A violação em uma área suscita a possibilidade de punição em outra. Desse modo, não basta examinar se os Estados têm incentivos para o cumprimento em uma área sem analisar os efeitos produzidos pelas outras. Em termos do dilema dos prisioneiros, o cumprimento de um Estado em uma área aumenta o *payoff* da violação em outra. Entretanto, as circunstâncias, ora favorecem, ora desfavorecem, o cumprimento em um jogo marcado pela variação do número de jogadores, pelo nível em que seus interesses estão envolvidos e, ainda pelas suas capacidades de determinarem os resultados (NORMAN, George; TRACHTMAN, Joel. Measuring the shadow of the future: an introduction to the game theory of customary international law. **University of Illinois Law Review**, v. 2008, n. 1, p. 133, 138 e 140 - 141 e 147 - 149. 2008).

⁶⁵³ Por outro lado, os *payoffs* dos Estados mudam ao longo do tempo de maneira imprevisível. Consequentemente, a decisão de um Estado de cumprir uma norma em um momento não necessariamente significa que a cumprirá em outro (GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 55 - 56).

⁶⁵⁴ ABBOTT, Kenneth W. Modern international relations theory: a prospectus for international lawyers. **Yale Journal of International Law**, v. 14, n. 2, p. 363 - 367 e 375. 1989.

⁶⁵⁵ Em outra ilustração, é possível aplicar o modelo do dilema dos prisioneiros às relações ambientais internacionais trocando as expressões: “imposição de tarifas”, “protecionismo” e “liberalização comercial” por “emissão de gases que provocam o efeito estufa”, “poluição ambiental” e “proteção ambiental”. Todavia, o direito ambiental internacional não conta com uma instituição central, tampouco com normas que se pretendem obrigatórias (GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. **Principles and methods of law and economics: basic tools for normative reasons**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 53).

⁶⁵⁶ TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 195 - 196.

seguintes, em termos da teoria dos jogos, trata-se de uma medida irracional e ineficiente, que impossibilita a cooperação futura e constitui um grande desperdício.⁶⁵⁷

Em resumo, calcada no comportamento estratégico estatal, a teoria dos jogos deita raízes no valor da informação para as relações internacionais e tenta explicar, a partir de uma estrutura analítica racionalista de incentivos, porque os Estados cumprem o direito internacional mediante a participação em jogos indefinidamente reiterados em vários regimes internacionais e a força da sombra do futuro materializada em sanções diretas, reputacionais e de reciprocidade.

À parte as inovações teóricas do modelo da escolha racional, os efeitos da regulamentação internacional devem ser testados na esfera empírica, e talvez por isso, essa teoria não seja ainda tão influente, pois, por um lado, os pressupostos realistas sobre a irrelevância do direito internacional desencorajaram investigações empíricas de cientistas políticos a respeito das relações entre as normas internacionais e os comportamentos estatais, por outro, as pesquisas jurídicas internacionais continuam carentes de trabalhos empíricos. Entretanto, o aumento da disponibilidade e da confiabilidade de dados, e da nossa capacidade de processá-los por meio de técnicas estatísticas, permite análises cientificamente rigorosas, que desafiam a validade empírica dos fundamentos teóricos realistas.⁶⁵⁸

Nesse diapasão, caso demonstrem empiricamente e a partir de uma perspectiva dinâmica que o cumprimento do direito internacional deve-se mais aos fatores institucionais do que às capacidades do poder, os funcionalistas comprovarão a relevância do direito⁶⁵⁹ e das instituições internacionais, expondo as imprecisões factuais subjacentes ao realismo.⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ Nesse sentido: HAAS, Peter M. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 27 - 28. 1997; HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 127; NORMAN, George; TRACHTMAN, Joel. Measuring the shadow of the future: an introduction to the game theory of customary international law. **University of Illinois Law Review**, v. 2008, n. 1, p. 135 - 136. 2008.

⁶⁵⁸ Nesse sentido: KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 370. 1998; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 95. 2012; SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 91. 1998; JACOBSON, Harold K. The global system and the realization of human dignity and justice. **International Studies Quarterly**, v. 26, n. 3, p. 320. 1982; KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 658. 1998.

⁶⁵⁹ Os realistas que não reconhecem a força do direito simplesmente não são realistas (HENKIN, Louis. **How nations behave: law and foreign policy**. 2. ed. New York: Columbia University, 1979, p. 337).

⁶⁶⁰ Nesse sentido: JOHNSTON, Douglas M. Functionalism in the theory of international law. **Canadian Yearbook of International Law**, v. 26, p. 56; RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International

A seu turno, os programas de investigação empírica dos teóricos liberais das relações internacionais, mais preocupado em saber se os Estados cooperam do que se cumprem os seus compromissos de cooperação, são incapazes de prever e explicar os fenômenos internacionais.⁶⁶¹

Do mesmo modo, os construtivistas acreditam que os Estados cooperam, mas não há evidências empíricas das expectativas construtivistas sobre como e por que as decisões estatais são tomadas, assim, é impossível demonstrar os pressupostos construtivistas sobre a relação entre as normas internacionais e o comportamento dos Estados. Qual a validade de uma teoria abstrata do cumprimento do direito internacional? Os argumentos críticos da escola reflexiva são ricos em detalhar as condutas dos Estados, porém, falta-lhes um modelo geral com objetivos explícitos e comprovações empíricas.⁶⁶²

De fato, a relação mutuamente constitutiva entre os atores e as estruturas internacionais torna difícil estabelecer com precisão relações causais de um sobre o outro. Outrossim, o construtivismo mostra-se de mãos vazias diante da dicotomia entre as múltiplas e distintas estruturas filosóficas e culturais, por um lado, e os entendimentos mútuos intersubjetivos de um direito internacional comum, por outro. É no mínimo tautológico acreditar que o cumprimento do direito internacional depende da legitimidade das normas internacionais.⁶⁶³

law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 553; HO, Daniel E. Compliance and international soft law: why do countries implement the basle accord? **Journal of International Economic Law**, v. 5, n. 3, p. 651. 2002.

⁶⁶¹ Nesse sentido: BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 237 - 238. 1993; HAAS, Peter M. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 30. 1997.

⁶⁶² Nesse sentido: BEDERMAN, David J. Constructivism, positivism, and empiricism in international law. **Georgetown Law Journal**, v. 89, n. 2, p. 477. 2001; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 20; HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 483, jan. 2005; KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 689. 2001; KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 392 - 393. 1988; BARADARAN, Shima; FINDLEY, Michael; NIELSON, Daniel; SHARMAN, J. C. Does international law matter? **Minnesota Law Review**, v. 97, n. 3, p. 759 - 760. 2013.

⁶⁶³ Nesse sentido: BARADARAN, Shima; FINDLEY, Michael; NIELSON, Daniel; SHARMAN, J. C. Does international law matter? **Minnesota Law Review**, v. 97, n. 3, p. 759. 2013; AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 134 - 135. 1998; SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 87. 1998.

3.2.3 O liberalismo

Há outros ângulos. Muitos dos pressupostos do modelo da escolha racional expressos em termos do dilema dos prisioneiros e da teoria dos jogos não explicam as relações internacionais, ou as explicam de uma maneira extremamente simplista, considerando o impacto das decisões unilaterais dos atores mais poderosos, na qualidade de reguladores, e as escolhas dos atores menos poderosos, na condição de regulados.⁶⁶⁴

Diante disso, embora racionalista em sua metodologia, uma corrente acadêmica, denominada de institucionalismo liberal, situada em um campo comum entre as teorias orientadas pelo poder e as teorias orientadas pelo direito, surge como um paradigma positivista, não como a retomada do idealismo wilsoniano, e pretende suprir as deficiências do racionalismo⁶⁶⁵ e entender como as preferências estatais são formadas e expressas, isto é, “entrar na bola de bilhar”,⁶⁶⁶ a fim de explicar a criação e o cumprimento do direito internacional.⁶⁶⁷

⁶⁶⁴ Nesse sentido: BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 225. 1993; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 17; KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 365. 1998; HAAS, Peter M. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 28. 1997.

⁶⁶⁵ A teoria econômica propugna que os agentes racionais sempre buscarão maximizar os seus interesses, contudo, não determina quais são esses interesses (HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 269. 2015). Especificamente, a teoria da escolha racional não se preocupa com a maneira pela qual os Estados identificam (tampouco o próprio conteúdo dos) seus interesses (GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1841. 2002).

⁶⁶⁶ Na clássica metáfora dos pressupostos realistas, cunhada por Arnold Wolfers, no livro “Discord and collaboration: essays on international politics”, de 1962, os Estados são os únicos atores internacionais e interagem uns com os outros no sistema internacional como bolas numa mesa de bilhar, isto é, unidades colidindo umas contra as outras.

⁶⁶⁷ Nesse sentido: KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 356. 1998; HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 483 - 484, jan. 2005; DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. Economic analysis of international law. **Yale Journal of International Law**, v. 24, n. 1, nota 69, p. 20. 1999; SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship. **American Journal of International Law**, v. 92, n. 3, p. 373. 1998.

Os institucionalistas liberais rejeitam a suposição de que os Estados são atores unitários e racionais, o que não significa que sejam desimportantes, apenas que representam as preferências individuais e dos grupos de interesse dentro de cada Estado.⁶⁶⁸

Consoante um estudo sobre o cumprimento norte-americano de decisões adversas da OMC, para a compreensão das causas da conformidade, não se deve considerar o Estado como um único ator, senão destacar os interesses dos atores envolvidos no processo político interno.⁶⁶⁹

Ademais, analisa o comportamento do Estado em função da formação e a mobilização das preferências impostas pela sociedade civil transnacional.⁶⁷⁰ Alguns estudos mais radicais chegam a substituir o Estado pela sociedade civil transnacional, pois um ator único e racional não consegue representar tão diferentes interesses.⁶⁷¹

Portanto, os institucionalistas liberais abrem a “caixa preta” da soberania estatal e identificam que a base dos interesses dos Estados determinantes das suas preferências é social, e não sistêmica, ou seja, as relações entre os Estados e a sociedade civil nacional e transnacional, não as interações dos Estados entre si.⁶⁷²

É mais complexo o trabalho de determinar previamente os interesses subtraídos de relações transnacionais entre múltiplos atores com diferentes preferências. O institucionalismo liberal ressalta a importância da atuação independente das Organizações Não-Governamentais (ONGs) nos fóruns internacionais para a compreensão, análise e gradual

⁶⁶⁸ Nesse sentido: GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1838 - 1839. 2002; KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 683. 2001.

⁶⁶⁹ CHILTON, Adam S.; BREWSTER, Rachel. Supplying compliance: why and when the US complies with WTO rulings. **Yale Journal of International Law**, v. 39, p. 203 e 236. 2014.

⁶⁷⁰ O sentido literal de “internacional” significa “entre Estados”, enquanto “transnacional” quer dizer “por meio dos Estados” e, portanto, engloba um maior universo de atividades e interações. O direito internacional refere-se apenas às normas que regulam as interações entre os Estados, ao passo que o direito transnacional inclui quaisquer normas com efeitos transfronteiriços (HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 473, nota 11, jan. 2005).

⁶⁷¹ Nesse sentido: KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 356 e 371. 1998; BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 207. 1993.

⁶⁷² BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 227. 1993.

construção por entes públicos e privados do direito transnacional, que regulamenta as interações individuais e coletivas na sociedade transnacional e molda as ações dos Estados.⁶⁷³

Destarte, o cumprimento normativo deve ser entendido consoante um direito transnacional feito por e para grupos transfronteiriços emaranhados em uma rede de interações transnacionais,⁶⁷⁴ independentemente do Estado e do modelo tradicional de criação, implementação e adjudicação de normas nacionais e internacionais.⁶⁷⁵

Em síntese, o realismo e o institucionalismo racionalista não possuem uma teoria dedicada ao papel do direito na regulamentação das relações transnacionais. Para fins analíticos e em virtude dos (des) incentivos impostos pelo sistema internacional, consideram como se fosse idêntico o papel da sociedade em Estados com diferentes regimes domésticos, de acordo com o modelo da “bola de bilhar”.⁶⁷⁶

Considerar a ocorrência de relações transnacionais patrocinadas por atores não estatais e o papel desempenhado por eles nas relações internacionais, bem como a existência de diferentes regimes políticos nacionais, conferiu, por um lado, mais densidade jurídica às pesquisas em direito internacional, porém, por outro, retratou um ambiente internacional de profunda complexidade, impossível de ser compreendido fora das estruturas teóricas liberais.

Com raízes no individualismo metodológico, para a teoria liberal, as preferências estatais não são presumidas, tampouco determinadas por fatores materiais, senão por estruturas políticas e normativas domésticas, construídas a partir dos interesses e/ou valores

⁶⁷³ Nesse sentido: KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 659. 1998; ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 137. 2004; ABBOT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n. 1 - 2, p. 14. 2005; BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 230, 232, 236 e 239. 1993.

⁶⁷⁴ O verdadeiro ator não é nem o Estado, nem o governo, senão, burocracias mais enraizadas, quais sejam, as redes transnacionais, que possuem maior durabilidade do que as redes internacionais, compostas de governos transitórios (NORMAN, George; TRACHTMAN, Joel. Measuring the shadow of the future: an introduction to the game theory of customary international law. **University of Illinois Law Review**, v. 2008, n. 1, p. 147. 2008).

⁶⁷⁵ KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 357. 1998.

⁶⁷⁶ BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 225 - 226. 1993.

dos atores não estatais — indivíduos e os grupos privados (empresas multinacionais, organizações não governamentais).⁶⁷⁷

Não significa que todas as preferências individuais e coletivas serão atendidas, porém, que a sua expressão será permitida por meio de mecanismos políticos e influenciará os comportamentos dos Estados, conseqüentemente, as suas ações internacionais, caso haja benefícios suficientes para isso.⁶⁷⁸

Conforme a doutrina liberal, a definição das preferências estatais e, por consequência, a escolha por cumprir uma norma internacional, é mais complexa e fluida do que os realistas e os institucionalistas imaginam, por ser forjada por um conjunto de fatores domésticos, a partir das pressões de coalizões dominantes internas.⁶⁷⁹

Desse modo, diferentemente da afirmação realista e institucionalista de que os interesses estatais no sistema internacional limitam-se à busca pela maximização do poder ou ao cálculo estratégico de um ator unitário, a teoria liberal entende que os atores domésticos — instituições políticas, práticas sociais e grupos de interesse — são motivados pelos próprios interesses e quanto maior a mobilização, maior a probabilidade de um Estado fazer concessões a essa reivindicação, o que torna os valores da arena internacional representações das preferências nacionais de cada Estado expressas em atos normativos, políticos, judiciais e administrativos; ou por meio de organizações sociais e de instituições religiosas.⁶⁸⁰

Dessa maneira, os arranjos institucionais internos (distribuição de poder, das preferências e das coalizões internas), são determinantes para o resultado das negociações e

⁶⁷⁷ O foco em entidades subnacionais leva ao estudo de instituições como cortes, legislativos e agências administrativas (GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1838. 2002).

⁶⁷⁸ TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 42 - 43.

⁶⁷⁹ Nesse sentido: ABBOT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, v. 54, p. 451. 2000; ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 136. 2004; ABBOT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n. 1 - 2, p. 14 e 16, nota 44. 2005; HAAS, Peter M. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 27 - 28. 1997; RIBEIRO, Gustavo Ferreira; CAIADO, Jose Guilherme Moreno. Por que uma análise econômica do direito internacional público? desafios e perspectivas do método no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 251. 2015.

⁶⁸⁰ Nesse sentido: HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 484 - 485, jan. 2005; BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 228. 1993; KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 681 - 683. 2001.

do cumprimento das normas internacionais, que, a seu turno, transformam os termos das políticas internas, viabilizando objetivos domésticos que de outra maneira não seriam alcançados.⁶⁸¹

Destarte, é conveniente aos Estados a criação e o cumprimento do direito internacional quando não é possível a concretização de benefícios domésticos — coletivos e de longo prazo —, devido à pressão de interesses nacionais — particulares, imediatos ou polarizados politicamente —; ou à incapacidade administrativa ou técnica das instituições nacionais — falta de autoridades competentes, recursos humanos e financeiros adequados e acesso a informações.⁶⁸²

Portanto, a partir de relações políticas transnacionais, a adesão e o cumprimento do direito internacional torna-se uma ferramenta útil para os Estados atenderem as demandas domésticas em importantes áreas e que não seriam atendidas por meio de políticas públicas internas.⁶⁸³

Isso explica por que muitos acadêmicos passaram a analisar como os incentivos produzidos pelo direito e pelas instituições internacionais promovem mudanças no comportamento dos Estados a partir da mobilização de grupos de pressão nacionais — ONGs, igrejas e elites.⁶⁸⁴

Diante disso, as pesquisas de alguns estudiosos consideram a influência recíproca entre os fatores nacionais e os internacionais e entendem entrelaçadas as negociações internas e externas, em áreas de interesse e a partir de concessões mútuas, conforme a ideia de um “jogo de dois níveis”, ou seja, as movimentações de um jogador em um tabuleiro desencadeiam realinhamentos no outro. Em resumo, as pressões internacionais “reverberam”

⁶⁸¹ Nesse sentido: PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. **International Organization**, v. 42, n. 03, p. 434, 437 - 442, 447 - 448, 454 e 457. 1988; ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 137. 2004.

⁶⁸² SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 82 - 83. 1998.

⁶⁸³ TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 02, 61 e 65.

⁶⁸⁴ HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 92. 2012.

na política doméstica, modificam o seu equilíbrio que, por sua vez, alteram as negociações internacionais.⁶⁸⁵

Destarte, é necessário examinar a cooperação internacional, a partir da ligação transnacional entre *lobbies* domésticos. O cumprimento do direito internacional depende de relações políticas transnacionais eficientes, cujos resultados sejam superiores àqueles do equilíbrio doméstico, portanto, capazes de modificar as coalizões internas e as políticas públicas nacionais.⁶⁸⁶

Para o liberalismo, os Estados não reagem da mesma forma ao sistema internacional. A reciprocidade entre as preferências nacionais e internacionais reflete-se na compatibilidade entre as normas produzidas dentro e fora dos Estados. Portanto, a política internacional e a política interna não podem ser compreendidas separadamente.⁶⁸⁷

Embora a lógica causal varie entre os estudos que examinaram essa questão, nas democracias e particularmente em relação aos acordos ambientais e de direitos humanos, a liberdade de atuação das ONGs e a periodicidade de eleições tornam os custos políticos internos da não-conformidade nacional aos compromissos internacionais suficientes para dissuadir os governos da violação das normas internacionais.⁶⁸⁸

Com base no reconhecimento de uma unidade de interesses mútuos e recíprocos, ao contrário de zonas exclusivas de poder, as prerrogativas políticas, econômicas e jurídicas dos Estados liberais⁶⁸⁹ permitem uma ação independente de indivíduos e grupos das sociedades

⁶⁸⁵ PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. **International Organization**, v. 42, n. 03, p. 430, 433 - 434, 446, 454 e 460. 1988.

⁶⁸⁶ TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 44, 46 e 64.

⁶⁸⁷ Nesse sentido: KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 685. 2001; KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 670. 1998.

⁶⁸⁸ Nesse sentido: HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 71. 2012; SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 84 - 85. 1998.

⁶⁸⁹ Há diferenças teóricas entre “Estados liberais” e “democracias”. A definição de um Estado liberal compreende as proteções constitucionais e os direitos de propriedade privada, além da autodeterminação. No entanto, na prática, não há democracia genuína que não vise a essas características (BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 236, nota 146. 1993). Nessa esteira, as verdadeiras democracias assumem a forma de Estados liberais, porquanto as democracias diretas e sem mecanismos jurídicos e institucionais, invariavelmente, convolvam-se em ditaduras (POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 112).

civis nacionais e transnacional e possuem os mecanismos necessários para assegurar a representação de seus interesses. Destarte, se o primeiro passo da doutrina liberal é identificar esses interesses, o próximo e fundamental passo é como são representados, não só internamente, mas também internacionalmente,⁶⁹⁰ o que depende se o Estado é ditatorial, oligárquico ou democrático.

Para os liberais, as variações de governança, normas e as instituições domésticas explicam as diferenças de comportamento estatal no plano internacional, por isso, os Estados democráticos, comprometidos com o “primado do direito” interno, também o serão com o direito internacional.⁶⁹¹

Portanto, à luz desse pensamento, os regimes internacionais de que participam os Estados liberais são mais efetivos, pois quanto mais acostumados os Estados estejam com as imposições normativas por parte de judiciários independentes, maior a probabilidade de cumprimento das normas internacionais e de aceitação da adjudicação internacional.⁶⁹²

Contudo, ao fazer a apologia da representação dos interesses dos grupos domésticos mediante a constituição de Estados liberais e democráticos, a teoria liberal trilha caminhos tortuosos, pois não consegue demonstrar, em termos práticos, melhores índices de cumprimento do direito internacional por parte desses Estados.

A teoria liberal ressalta a importância do direito constitucional e de uma constituição para a representação dos interesses da sociedade civil e para a limitação das ações estatais internas e internacionais.⁶⁹³

⁶⁹⁰ O pensamento liberal deita raízes na ideia de Kant de que as democracias não entram em guerra umas com as outras, sugerindo que respeitam mais o direito internacional (HALLING, Matt. A law of no gods, no masters: developing and defending a participatory legal system. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 32, n. 1, p. 259. 2009).

⁶⁹¹ Nesse sentido: ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 136. 2004; ABBOT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n. 1 - 2, p. 14. 2005; JEPPEPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 39.

⁶⁹² Nesse sentido: BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 207, 228 - 230, 233 e 237 - 239. 1993; RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 547 e 554, nota 20; SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 83 - 84. 1998.

⁶⁹³ BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 228 - 229. 1993.

Nesse diapasão, a estrutura de um sistema político doméstico impacta as decisões de conformidade dos Estados. Uma análise empírica sobre o cumprimento de decisões adversas da OMC pelos EUA demonstra que é mais elevada e mais rápida a conformidade quanto mais dependa da função executiva de um Estado, porquanto o cotidiano das relações internacionais atinge menos o legislativo.⁶⁹⁴

E, ainda, outra linha de investigação liberal explica a relação entre o direito interno e o direito internacional, especificamente, o cumprimento das obrigações internacionais, a partir da existência e adequado funcionamento dos sistemas judiciários de cada Estado.⁶⁹⁵

Não obstante a força dos argumentos racionalistas, do realismo ao liberalismo, passando pelo institucionalismo, vozes dissonantes ecoaram novas demandas da sociedade internacional, a seguir analisadas sob um ponto de vista crítico.

3.3 A crítica construtivista

Outras correntes de pensamento rejeitam uma pretensa “hegemonia intelectual racionalista”. Para elas, as muitas conclusões sobre as características das instituições internacionais a que a teoria racionalista chega são tão imprecisas quanto o próprio princípio da racionalidade e, portanto, incapazes de especificar seus contornos exatos.⁶⁹⁶

As visões racionalistas dos teóricos realistas, institucionalistas e liberais, centrais no debate das teorias das relações internacionais, embora diverjam quanto à importância do poder, das instituições ou das normas internacionais, concordam que o comportamento dos atores internacionais é modificado pela estrutura internacional. Em contraste com o racionalismo, o construtivismo sustenta que os atores internacionais são constituídos pelo

⁶⁹⁴ CHILTON, Adam S.; BREWSTER, Rachel. Supplying compliance: why and when the US complies with WTO rulings. *Yale Journal of International Law*, v. 39, p. 203, 231 e 236 - 239. 2014.

⁶⁹⁵ Nesse sentido: BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. *American Journal of International Law*, v. 87, n. 2, p. 229, nota 116 e 236. 1993; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. *The American Journal of International Law*, v. 106, p. 71. 2012.

⁶⁹⁶ KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. *International Studies Quarterly*, v. 32, n. 4, p. 381, 386 - 388 e 392. 1988.

poder das ideias e “construídos” mediante as interações entre indivíduos, grupos, instituições e Estados.⁶⁹⁷

Considerando que os interesses mudam e tornam-se instáveis ao longo do tempo, as teorias clássicas são objeto de numerosas críticas por descreverem comportamentos, a partir da ação racional e instrumental de indivíduos, grupos, instituições e Estados, impulsionada pelo cálculo de suas consequências, consoante preferências anteriormente determinadas.⁶⁹⁸

As políticas de poder afetam a formação e o cumprimento das normas internacionais,⁶⁹⁹ todavia, sem retirar a autoridade do direito internacional ou reduzi-lo a um instrumento do Estado poderoso. O direito internacional é tão subserviente ao poder, quanto adversário dele. A teoria do poder político confunde o direito com a política, substitui o direito internacional pela política internacional e, no final, nega a sua validade e a sua existência.⁷⁰⁰

A soberania permite aos Estados empregarem seus recursos de poder no plano internacional, entretanto, o direito internacional⁷⁰¹ reduz substancialmente essa ação estatal em busca de seus interesses individuais,⁷⁰² portanto, mantém o primado sobre o poder na estruturação do domínio internacional. De fato, não existe dicotomia entre o poder e o direito se as normas internacionais representam os interesses dos próprios Estados e,

⁶⁹⁷ Nesse sentido: JEPPEPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 39; HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 481, 483 e 485, jan. 2005.

⁶⁹⁸ MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. The institutional dynamics of international political orders. **International Organization**, v. 52, n. 4, 1998, p. 950 - 951.

⁶⁹⁹ Num certo sentido, os realistas estão corretos. Em circunstâncias de desequilíbrio de poder, pode ser inevitável aos que detêm o poder procurarem tirar proveito dele sem muita consideração por princípios neutros e recíprocos. E é até compreensível que alguns políticos comportem-se dessa maneira, juristas jamais (FRANCK, Thomas M. What happens now? The United Nations after Iraq. **American Journal of International Law**, v. 97, n. 3, p. 620. 2003).

⁷⁰⁰ Nesse sentido: TRIMBLE, Philip R. International law, world order, and critical legal studies. **Stanford Law Review**, v. 42, n. 3, p. 833. 1990; KRISCH, Nico. International law in times of hegemony: unequal power and the shaping of the international legal order. **European Journal of International Law**, v. 16, n. 3, p. 371. 2005.

⁷⁰¹ No domínio regido pelo direito internacional, as normas internacionais devem prevalecer, com força vinculativa, mesmo sobre os interesses políticos de grandes potências, sob pena de ensejarem a responsabilidade do Estado violador (SHEN, Jianming. The basis of international law: why nations observe. **Dickinson Journal of International Law**, v. 17, n. 2, p. 336. 1999).

⁷⁰² O problema de pensar a ação estatal, a partir dos interesses próprios e conforme a distribuição de poder, como uma questão exclusiva de política externa, não explica por que um Estado obriga a si mesmo a cumprir os termos de um tratado ou como tal obrigação jurídica afeta as práticas de outros Estados na comunidade internacional (MCGUINNESS, Margaret E. Exploring the limits of international human rights law. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 34, n. 2, p. 403 - 404. 2006).

consequentemente, uma violação à ordem jurídica internacional é um desrespeito aos interesses dos próprios Estados.⁷⁰³

Para a teoria institucionalista, os Estados têm interesses mútuos e os custos transacionais, resultado do contexto institucional, afetam a formação de novas instituições e são superados pelos benefícios percebidos da cooperação internacional. Diante disso, os construtivistas questionam a partir da percepção de quem os benefícios superam os custos e as instituições são desenvolvidas de maneira eficaz.⁷⁰⁴

E, principalmente, para o construtivismo, os teóricos racionalistas, muito preocupados com os termos dos custos e benefícios das relações, negligenciam o fato de que é mais provável o cumprimento das normas concebidas como justas pelos sujeitos de direito e com as quais estejam volitivamente envolvidos.⁷⁰⁵

Dessa maneira, para muitos acadêmicos, num cenário internacional de incertezas, o modelo da escolha racional é muito limitado, pois presume que as decisões estatais são tomadas conforme os seus próprios interesses, a partir exclusivamente de cálculos de custo-benefício, em detrimento de outros fatores (mais importantes) componentes das preferências dos atores.⁷⁰⁶

Para o construtivismo, a perspectiva estreita do racionalismo advém da circularidade do seu raciocínio: a ação dos Estados é determinada pela busca de seus interesses e os seus interesses determinados pelas ações que empreendem. A partir da lógica de que as normas e as instituições internacionais modificam as preferências estatais, os construtivistas rompem essa circularidade.⁷⁰⁷

⁷⁰³ KOCIS, Stephen A. Explaining the strategic behavior of states: international law as system structure. **International Studies Quarterly**, v. 38, n. 4, p. 541 - 543. 1994.

⁷⁰⁴ Nesse sentido: BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 225. 1993; KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 386 - 388. 1988.

⁷⁰⁵ KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 354 - 355. 1998.

⁷⁰⁶ HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 72 e 81. 2012.

⁷⁰⁷ Nesse sentido: BARADARAN, Shima; FINDLEY, Michael; NIELSON, Daniel; SHARMAN, J. C. Does international law matter? **Minnesota Law Review**, v. 97, n. 3, p. 754. 2013; DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. Economic analysis of international law. **Yale Journal of International Law**, v. 24, n. 1, p. 21. 1999.

Segundo a teoria da escolha racional, a fim de equacionar as incertezas do cenário internacional, os Estados criam instituições dotadas de coerção, contudo, à exceção da OMC, pouco se sabe sobre como isso funciona na prática.⁷⁰⁸

Além disso, os modelos teóricos de jogos partem do pressuposto de que as condições materiais,⁷⁰⁹ e não os significados intersubjetivos, definem os interesses estatais, o que restringe o poder explicativo e a aplicação prática das ideias dos egoístas racionais.⁷¹⁰

Na visão construtivista, os interesses, as identidades⁷¹¹ e os papéis sociais dos atores internacionais dependem do contexto social em que estão inseridos, responsável por entendimentos subjetivos, normas e instituições internacionais capazes de determinar os seus comportamentos.⁷¹²

Para a corrente grociana, as normas e as instituições e os regimes internacionais vão além do equilíbrio de poder ou de cálculos de interesse. Repetidas interações entre Estados, organizações internacionais e organizações não governamentais reformulam os interesses dos atores, transformam concepções, remodelam práticas, definem padrões de comportamentos e justificam políticas adotadas. A partir dessa perspectiva, um entendimento compartilhado do direito internacional é fundamental para a sua eficácia.⁷¹³

⁷⁰⁸ HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 94. 2012.

⁷⁰⁹ A teoria dos jogos presume questões e resultados previamente ajustados, todavia, em qualquer situação de barganha, os jogadores buscam reestruturar o jogo e alterar as percepções dos demais sobre os ônus do não-acordo e os bônus do acordo (PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. **International Organization**, v. 42, n. 03, p. 452. 1988).

⁷¹⁰ Nesse sentido: JEPPEPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 39; KRATOCHWIL, Friedrich; RUGGIE, John Gerard. International organization: a state of the art on an art of the state. **International Organization**, v. 40, n. 4, p. 764 - 765. 1986.

⁷¹¹ Não se deve olvidar que os Estados poderosos, sem dúvida, influenciam excessivamente a formação dessas identidades (KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 694. 2001).

⁷¹² Nesse sentido: AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 117. 1998; ABBOT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, v. 54, p. 425. 2000; ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 139. 2004; ABBOT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n. 1 - 2, p. 14 - 15. 2005; JEPPEPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 38.

⁷¹³ Nesse sentido: KRASNER, Stephen D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. **International Organization**, v. 36, n. 2, p. 192 - 194. 1982; KEOHANE, Robert O. International relations and international law: interests reputation, institutions. **American Society of International Law Proceedings**, v. 93, p. 376. 1999; BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations

Para os construtivistas, as instituições internacionais exercem poderes normativos,⁷¹⁴ isto é, por meio de uma relação mútua entre agente e estrutura, as normas de determinado regime internacional criam a identidade e os interesses dos atores,⁷¹⁵ que adquirem novas informações e oportunidades de interação entre si e dividem entendimentos e crenças comuns, o que altera a forma como eles se veem, como definem seus interesses particulares e como percebem possíveis problemas e soluções, a partir de diferentes arranjos institucionais futuros.⁷¹⁶

Os construtivistas divergem dos racionalistas a respeito de questões ontológicas, especificamente, como os processos ou práticas sociais criam as normas internacionais e

theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 222. 1993; BANKS, Kevin. Trade, labor and international governance: an inquiry into the potential effectiveness of the new international labor law. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 32, n. 1, p. 78 - 79. 2011.

⁷¹⁴ Há cada vez mais exemplos de pesquisas científicas construtivistas com dados empíricos, constatando que os Estados são entidades sociais moldadas por suas atuações na sociedade internacional e cujas políticas e estruturas são influenciadas pela mudança intersubjetiva de entendimentos sobre seus próprios papéis. A título de exemplo, o papel da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) como “professora de normas”, ou seja, uma organização internacional que convence os membros a adotarem essas mudanças (FINNEMORE, Martha. International organizations as teachers of norms: the United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization and science policy. **International Organization**, v. 47, n. 4, p. 566. 1993). Nesse diapasão, o construtivismo, inicialmente uma teoria ontológica e epistemológica aplicada ao estudo de sistemas normativos como construções sociais e institucionais, revela-se, hoje, uma importante ferramenta para análises tangíveis de problemas específicos que podem ser examinados, testados e confrontados (KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. *Michigan Journal of International Law*, v. 19, p. 372. 1998).

⁷¹⁵ Evidências sugerem que a participação em regimes jurídicos, de fato, altera as identidades dos Estados ao longo dos anos. Um exemplo é o regime de não proliferação nuclear. Após o advento da era nuclear, os Estados que possuíam armas nucleares pertenciam a um clube, portanto, tinham uma identidade particular no sistema internacional. Como foram feitos esforços para limitar a proliferação de armas nucleares, muitos Estados começaram a perceber as vantagens de aderir ao regime de não proliferação. Com o tempo, a participação nesse regime fez com que alguns Estados se vissem como “não nucleares”. A Suécia, por exemplo, começou seus esforços, em 1945, para estabelecer um programa de armas nucleares. Depois de muita discussão, decidiu que tal programa não atenderia a seus interesses e assinou o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares, de 1968. É bastante provável que a Suécia agora se veja como um Estado “não nuclear”. Mesmo com capacidade de produzir armas nucleares, é altamente improvável que o faça, porque isso seria contrário a sua identidade. Assim, o regime jurídico desempenhou um papel fundamental nessa mudança de identidade (AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 139 - 140. 1998). Em sentido contrário, esse exemplo certamente se aplica a Estados como a Suécia, contudo, é inócuo se considerarmos a rivalidade nuclear entre a Índia e o Paquistão, bem como o desenvolvimento de programas nucleares para fins bélicos da Coreia do Norte a Israel. Por isso, parece mais reforçar o mantra realista de que o direito internacional é um epifenômeno ou, na melhor das hipóteses, como postulam os institucionalistas, capaz de influenciar apenas as questões de “baixa política” (BEDERMAN, David J. Constructivism, positivism, and empiricism in international law. **Georgetown Law Journal**, v. 89, n. 2, p. 481. 2001).

⁷¹⁶ Nesse sentido: AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 132. 1998; GINSBURG, Tom; SHAFFER, Gregory. How does international law work? what empirical research shows. **Minnesota Legal Studies Research**, Paper n. 09-54, p. 01. 2009; ABBOTT, Kenneth W. International law and international relations theory: building bridges. **American Society of International Law Proceedings**, v. 86, p. 171. 1992; ABBOTT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n. 1 - 2, p. 16. 2005.

como as estruturas normativas influenciam os agentes e definem as suas preferências. Por exemplo, a guerra de conquista não é hoje lícita, outrora, até a escravidão em terras conquistadas era permitida.⁷¹⁷ Em outras palavras, para o construtivismo, os interesses dos atores são formados e os seus comportamentos determinados fora da racionalidade instrumental.⁷¹⁸

Nesse peculiar, as estruturas de significado e o valor social das instituições internacionais não apenas refletem, senão moldam, as preferências dos atores, cujos interesses, portanto, não são prévia e objetivamente determinados, ao contrário, são suscetíveis de mudança e, a seu turno, formam as instituições internacionais.⁷¹⁹ Dessa maneira, se os interesses dos atores internacionais forem considerados como exogenamente definidos, a coordenação entre eles não será alcançada no plano internacional.⁷²⁰

Destarte, a ascensão do construtivismo desafiou as considerações racionalistas sobre o direito internacional, ao afirmar que os significados subjetivos, ao invés de quadros analiticamente impostos, são a melhor maneira de entender as influências das normas internacionais sobre o comportamento dos atores e, conseqüentemente, que as identidades e os interesses dos atores são endogenamente constituídos pelas interações que mantêm entre si

⁷¹⁷ Nessa esteira, no século XIX, a guerra era vista como um exercício virtuoso do poder do Estado; hoje, conquanto os Estados ainda estejam preparados pra lutá-la, as normas internacionais a definem, na melhor das hipóteses, como um mal necessário (JEPPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 34).

⁷¹⁸ KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 675 e 681 - 682. 1998.

⁷¹⁹ Os realistas e os institucionalistas entendem que os interesses estatais são exógenos ao sistema interestatal, ou seja, não são afetados pelas interações dos Estados dentro de um dado regime, por isso, a participação em instituições não afeta a identidade do ator, mas apenas os seus padrões de comportamento (BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 39, n. 1, p. 32. 2000).

⁷²⁰ Nesse sentido: ABBOT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, v. 54, p. 425. 2000; ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 138. 2004; ABBOT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n. 1 - 2, p. 14 - 15. 2005; JEPPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 39; KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 382. 1988; KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 686. 2001.

e pelas normas que compartilham, e não constantes e dados externamente, mediante ações racionais induzidas por incentivos seletivos.⁷²¹

Assim, ao considerar as variações culturais das preferências estatais como uniformes e constantes, a abordagem teórica racionalista torna unidimensional uma realidade multidimensional e, destarte, revela-se incompleta e incapaz de explicar os efeitos produzidos pelo ambiente cultural diretamente nas identidades e nos interesses dos atores internacionais e indiretamente em seus comportamentos.⁷²²

Dessa forma, a partir de padrões tanto avaliativos quanto cognitivos, além dos incentivos materiais, o ambiente cultural afeta a identidade, o comportamento e o relacionamento dos atores sociais integrantes de um sistema.⁷²³

Para a “Escola Inglesa” das teorias das relações internacionais, o comprometimento dos Estados, atores centrais da sociedade internacional, com as normas internacionais pode ser representado em forma de “círculos concêntricos” — com um núcleo ocidental envolvido em uma densa rede de normas e instituições —, e “anéis” — sendo um composto por alguns Estados do sul e outro localizado às margens da sociedade internacional. Outrossim, os atores não estatais e subestatais, públicos e privados, desempenham relevantes papéis na criação e implementação das normas e instituições internacionais, que por sua vez, atuam como atores autônomos na determinação do comportamento daqueles que as criaram e as controlam.⁷²⁴

⁷²¹ Nesse sentido: SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship. **American Journal of International Law**, v. 92, n. 3, p. 373. 1998; KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 360. 1998; SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 85. 1998; WENDT, Alexander. Collective identity formation and the international state. **The American Political Science Review**, v. 88, n. 2, p. 384. 1994.

⁷²² Nesse sentido: JEPPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 34 e 52 - 53; KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 390. 1988.

⁷²³ Nesse sentido: KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 680. 1998; JEPPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 33 e 37.

⁷²⁴ Nesse sentido: BARADARAN, Shima; FINDLEY, Michael; NIELSON, Daniel; SHARMAN, J. C. Does international law matter? **Minnesota Law Review**, v. 97, n. 3, p. 757. 2013; ABBOT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, v. 54, p. 425. 2000; ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 137 - 139. 2004; ABBOT, Kenneth W. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and**

Por isso, é mais adequado pensar que os atores estatais e não estatais estão integrados e desempenham papéis importantes no sistema internacional do que, como fazem os liberais,⁷²⁵ transpor estruturas hierárquicas e democráticas domésticas para um cenário internacional horizontal ou advogar um contexto transnacional de crescente interdependência, que negligencia a relevância, quando não consagra o próprio ocaso, do Estado.⁷²⁶

De acordo com os teóricos da sociedade internacional, apesar de Estados diferentes conceberem de maneiras distintas a estrutura do sistema internacional, a prática internacional revela o desenvolvimento de entendimentos mútuos, significados semelhantes e expectativas comuns sobre as normas internacionais, a partir da interação dos atores ao longo do tempo, o que não significa afirmar a existência de uma única e universal filosofia ou do império e monopólio da razão. Para o construtivismo, as normas internacionais são partes importantes e identificáveis da estrutura do sistema internacional, tornando empiricamente possível constatar, na relação mutuamente constitutiva, a influência recíproca entre agente e estrutura, especificamente, as mudanças na identidade e nos interesses dos atores promovidas pelas normas internacionais.⁷²⁷

Diante da afirmação racionalista de que o direito internacional não é tão importante, pode-se dizer que, há muito tempo,⁷²⁸ os cientistas políticos e os juristas concordam que as

International Relations, v. 1, n. 1 - 2, p. 14 - 15. 2005; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 19.

⁷²⁵ Os acadêmicos rotulados como “liberais democráticos” consideram a participação de atores não estatais no sistema internacional — particularmente, o crescente envolvimento das ONGs —, como forma de aumentar a legitimidade do direito internacional, porém, não na elaboração das normas internacionais, o que ocorre somente pela via das políticas nacionais. Essa visão “estadocêntrica” vertical autoriza os Estados a controlarem a intervenção internacional dos atores não estatais, permitindo ora uma participação maior, ora uma participação menor. Em outras palavras, na verdade, a teoria liberal concede um papel limitado aos atores não estatais na produção do direito internacional devido a uma concepção equivocada do sistema internacional e da legitimidade de suas normas. Caso contrário, caberia a pergunta: esses atores não estatais representam quem e quais interesses? (ALKOBY, Asher. Non-state actors and the legitimacy of international environmental law. **Non-State Actors and International Law**, v. 3, n. 1, p. 26. 2003).

⁷²⁶ Nesse sentido: KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 371. 1998; ALKOBY, Asher. Non-state actors and the legitimacy of international environmental law. **Non-State Actors and International Law**, v. 3, n. 1, p. 71 e 97. 2003.

⁷²⁷ AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 135 - 139, 142 e 146 - 147. 1998.

⁷²⁸ As ideias dizem respeito a como o direito internacional foi pensado. O que os Estados fizeram de fato refere-se à prática estatal. É a combinação dos dois — nem sempre em harmonia — que fez o direito internacional ser o que ele é. A ambiguidade do termo “direito internacional” conduz a vários entendimentos diferentes sobre quando o direito internacional começou. Para os fins colimados por esta pesquisa, é de particular interesse a concepção de que, se o direito internacional é entendido simplesmente como métodos responsáveis pela previsibilidade das relações internacionais, sua origem é tão antiga quanto a sua própria história. Se há uma lição que a história do direito internacional nos ensina, é a de que o mundo moldou mais o direito internacional do que o inverso. De fato, apesar de ser (ou deveria ser) decepcionante, a verdade é que as grandes forças da história —

normas impactam as relações internacionais. As mais recentes pesquisas construtivistas atribuem ao conteúdo social dessas normas, independentemente da distribuição de poder entre os Estados, a influência que exercem sobre os comportamentos internacionais, a partir de um amplo consenso existente sobre os objetivos normativos da ordem pública internacional.⁷²⁹

Se o construtivismo considera o sistema internacional uma estrutura social, portanto, a interação entre os atores e o direito internacional desempenha um relevante papel nas relações internacionais,⁷³⁰ o que é evidenciado pela prática internacional. Portanto, a estrutura do sistema internacional é composta por atores e normas internacionais. Algumas delas, a exemplo dos princípios jurídicos fundamentais, além de constituírem, definem o próprio sistema.⁷³¹

Assim, o compromisso social com o direito internacional impacta o funcionamento da sociedade internacional, a partir de normas e práticas de reconhecimento mútuo que, por sua vez, refletem as identidades dos atores internacionais.⁷³²

Contrariando a premissa realista de que as normas internacionais são ferramentas para os Estados fortes ampliarem as suas influências sobre os Estados fracos, o construtivismo considera que o direito internacional regula, inclusive, o poder hegemônico dos Estados,⁷³³ pois, como o poder é um fenômeno efêmero, não apenas a comunidade internacional, mas o

religiosas, econômicas, políticas, psicológicas, científicas — jamais foram domadas e nada indica que agora tenham sido. Entretanto, no início do século XXI, os estudiosos do direito internacional mudaram o mundo, como nunca antes se havia visto. Talvez o capítulo mais interessante da nossa história ainda aguarda ser escrito (NEFF, Stephen C. A short history of international law. In: EVANS, Malcolm D. (coord.). **International law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 03 - 04 e 27).

⁷²⁹ Nesse sentido: D'AMATO, Anthony. The concept of human rights in international law. **Columbia Law Review**, v. 82, n. 6, p. 1157. 1982; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 54 - 55. 2012; JACOBSON, Harold K. The global system and the realization of human dignity and justice. **International Studies Quarterly**, v. 26, n. 3, p. 320. 1982.

⁷³⁰ O construtivismo reaproxima as relações internacionais do direito internacional (KRASNER, Stephen D. International law and international relations: together, apart, together? **Chicago Journal of International Law**, v. 1, n. 1, p. 98. 2000).

⁷³¹ Nesse sentido: BEDERMAN, David J. Constructivism, positivism, and empiricism in international law. **Georgetown Law Journal**, v. 89, n. 2, p. 477. 2001; AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 130 - 132. 1998.

⁷³² Nesse sentido: JEPPEPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 40; BARADARAN, Shima; FINDLEY, Michael; NIELSON, Daniel; SHARMAN, J. C. Does international law matter? **Minnesota Law Review**, v. 97, n. 3, p. 756 - 757. 2013.

⁷³³ Na verdade, não há razão teórica para que o poder hegemônico seja especificamente um Estado: a UE surgiu como um poder na Europa e, seria possível dizer que, o Comitê de Supervisão Bancária de Basileia, a OMC, ou outra organização internacional também poderiam desempenhar semelhante papel (TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 31).

próprio Estado hegemônico prefere uma ordem internacional pautada por normas. Ademais, as instituições internacionais são sensíveis até às demandas dos menores Estados, capazes de produzir um efeito em cascata no sistema.⁷³⁴

Consoante o construtivismo, a prática internacional deve estar de acordo com as normas internacionais que a definem,⁷³⁵ porque se os atores internacionais têm a liberdade de eleger as normas internacionais que aceitam respeitar, não têm a liberdade de violá-las, por meio de quaisquer ações ou omissões no plano internacional.⁷³⁶

Para os construtivistas, um conjunto de normas internacionais implícitas, cujo conteúdo é menos relevante do que o fato delas existirem, estrutura o sistema internacional.⁷³⁷ Por exemplo, antes de aceitar um acordo internacional que explicitamente elimina tarifas comerciais, um Estado aceita os princípios subjacentes que o fundamentam, tais como o *pacta sunt servanda* (acordos assinados de boa-fé devem ser observados) e o reconhecimento do outro Estado como soberano.⁷³⁸

A aceitação universal do direito internacional implica o reconhecimento dos seus efeitos. Porém, consoante o construtivismo, inexiste uma fonte cognitiva unívoca das normas internacionais, tal como a razão humana, ao contrário, seus significados, mesmo que

⁷³⁴ Nesse sentido: SORNARAJAH, M. Power and justice in international law. **Singapore Journal of International & Comparative Law**, v. 1, n. 1, p. 28 e 67 - 68. 1997; RAUSTIALA, Kal. Refining the limits of international law. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 34, p. 11. 2006; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 51 - 52 e 183, nota 191. 2012.

⁷³⁵ Uma das concepções de “norma” é “prática”. As normas são retratadas como a definição de uma prática. E as práticas são criadas por várias razões, principalmente porque, para se coordenar comportamentos, com sucesso, é necessário estabelecer uma prática, especificar uma nova forma de conduta e a partir dela, por razões utilitárias e de prudência, abdicar da plena liberdade de agir. É a marca de uma prática, consoante suas regras definidoras, ensinar como se deve agir (RAWLS, John. Two concepts of rules. **The Philosophical Review**, v. 64, n. 1, p. 24. 1955).

⁷³⁶ Nesse sentido: BARADARAN, Shima; FINDLEY, Michael; NIELSON, Daniel; SHARMAN, J. C. Does international law matter? **Minnesota Law Review**, v. 97, n. 3, p. 758. 2013; KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 384. 1988; YOUNG, Oran R. International regimes: toward a new theory of institutions. **World Politics**, v. 39, n. 1, p. 120. 1986.

⁷³⁷ Falar com coerência de uma sociedade civil internacional, construída ou não, implica, pelo menos, estar disposto a tomar uma posição sobre os seguintes valores: a paz, a ordem e a legitimidade; a soberania; a independência; a autonomia e o respeito; a democracia; a igualdade e a equidade; a humanidade e a dignidade humana; e, finalmente, a cooperação funcional (isto é, a promoção do progresso, da tecnologia e da globalização) e a racionalidade (ou seja, a gestão racional dos recursos comuns). Entretanto, o risco dessa iniciativa é emergirem diversas perspectivas idiossincráticas a respeito das virtudes do direito internacional (BEDERMAN, David J. Constructivism, positivism, and empiricism in international law. **Georgetown Law Journal**, v. 89, n. 2, p. 480. 2001).

⁷³⁸ Nesse sentido: BARADARAN, Shima; FINDLEY, Michael; NIELSON, Daniel; SHARMAN, J. C. Does international law matter? **Minnesota Law Review**, v. 97, n. 3, p. 756. 2013; KOCS, Stephen A. Explaining the strategic behavior of states: international law as system structure. **International Studies Quarterly**, v. 38, n. 4, p. 538. 1994.

imprecisos, decorrem da comunicação entre os atores internacionais ao longo do tempo e reside em algum ponto entre como essas normas foram idealizadas e como foram efetivamente utilizadas por esses atores. Para os construtivistas, o direito internacional não apenas integra a sociedade internacional como lhe confere legitimidade.

Numa perspectiva construtivista, por um lado, o direito internacional fornece uma linguagem para a diplomacia, portanto, é mais conveniente aos soberanos afirmarem as suas posições e reivindicações em termos jurídicos,⁷³⁹ em vez de qualquer outro tipo de discurso, por exemplo, político ou moral, mesmo quando não cumprem as normas internacionais, ou seja, quando na prática não fazem diferença alguma.⁷⁴⁰

Por outro lado, quando cumprem as normas internacionais por um senso verdadeiro de obrigação jurídica, é impossível demonstrar empiricamente se certa política internacional foi determinada pelo direito internacional. Consequentemente, os construtivistas assumem que os padrões de conformidade vão além da retórica utilitarista do cálculo racional ou da imposição de restrições, dizem respeito à construção social de identidades específicas a determinados contextos, isto é, como o comportamento é interpretado pelo próprio agente e pelos demais. Portanto, o cumprimento não se trata de uma simples escolha binária entre cumprir ou não cumprir.⁷⁴¹

Para as pesquisas construtivistas, diferente das racionalistas, a relação causal linear entre as normas internacionais formais,⁷⁴² diferenciadas entre normas vinculativas e não vinculativas, por exemplo, e os comportamentos estatais é rompida pela constituição e reconstituição intersubjetiva, ao longo do tempo, das relações sociais e das próprias

⁷³⁹ Com efeito, o direito internacional parece desempenhar dois papéis: um de contenção das ações dos Estados, outro de justificativa para essas ações, sendo este mais pronunciado do que aquele (BECK, Robert J. International law and the decision to invade Grenada: a ten-year retrospective. **Virginia Journal of International Law**, v. 33, p. 792 - 793. 1993).

⁷⁴⁰ Nesse sentido: PURVIS, Nigel. Critical legal studies in public international law. **Harvard International Law Journal**, v. 32, n. 1, p. 110. 1991; AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 144 - 145. 1998.

⁷⁴¹ Nesse sentido: SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 78 - 79 e 86. 1998; RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 540; HAAS, Peter M. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 28. 1997.

⁷⁴² Por que algumas normas aparentemente são mais influentes do que as outras? Ou, ainda, por que são mais propensas a serem internalizadas? Para uma teoria normativa a resposta reside no caráter substantivo das normas (RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 546).

identidades dos atores internacionais, a partir da legitimidade normativa internacional, que impõe um senso de obrigação de cumprimento do direito internacional, independentemente de um poder formal de sanção.⁷⁴³

Para os construtivistas, os processos e as normas internacionais influenciam e modificam as preferências e os interesses dos atores, porém, não garantem nem determinam a conformidade direta do comportamento deles, senão indiretamente por meio de novos tipos de ação, a partir da mobilização de atores internacionais e domésticos em apoio ao cumprimento dos compromissos internacionais materializados em políticas públicas nacionais.⁷⁴⁴

No modelo orientado pelo direito, limitações externas e, principalmente, internas determinam o comportamento dos atores internacionais, que concebem as normas internacionais como legítimas e obrigatórias, contudo, o cumprimento é voluntário e baseado na auto-limitação, a partir da formulação de políticas externas compatíveis com o direito internacional e de mecanismos internos de verificação das suas próprias conformidades.⁷⁴⁵

Dessa maneira, para o construtivismo, a elaboração e o cumprimento das normas internacionais dependem do efeito que promovem sobre o comportamento dos atores internacionais, ou seja, das crenças compartilhadas pelos atores internacionais e da convicção da adequação do direito internacional para a solução dos problemas internacionais.⁷⁴⁶

Conquanto não haja trabalho empírico suficiente, o institucionalismo tende a excluir os fatores morais e atribuir às questões reputacionais e de reciprocidade⁷⁴⁷ envolvidas nos cálculos de custo-benefício o cumprimento das normas internacionais. Entretanto, é muito

⁷⁴³ Nesse sentido: KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 358 - 369 e 371. 1998; SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 87 - 88. 1998.

⁷⁴⁴ Nesse sentido: JEPPEPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 46; BANKS, Kevin. Trade, labor and international governance: an inquiry into the potential effectiveness of the new international labor law. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 32, n. 1, p. 78 - 80. 2011.

⁷⁴⁵ KOCIS, Stephen A. Explaining the strategic behavior of states: international law as system structure. **International Studies Quarterly**, v. 38, n. 4, p. 538 - 540. 1994.

⁷⁴⁶ Nesse sentido: HAAS, Peter M. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 39 - 40. 1997; MCGUINNESS, Margaret E. Exploring the limits of international human rights law. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 34, n. 2, p. 402. 2006.

⁷⁴⁷ O cumprimento das normas internacionais ocorre de acordo com o grau em que as instituições internacionais facilitam as relações de reciprocidade, que perpassam as ações empreendidas pelos parceiros entre si e, portanto, distinguem-se dos incentivos reputacionais, que dizem respeito às reações de terceiros (KEOHANE, Robert O. Compliance with international commitments: politics within a framework of law. **American Society of International Law Proceedings**, v. 86, p. 178. 1992).

difícil avaliar a reputação de “cumpridor do direito internacional”, pois geralmente os atores internacionais apresentam índices de conformidade diferentes de acordo com o campo das relações internacionais. Ademais, muitas vezes a reputação de cumpridor do direito internacional é menos valorizada do que outras reputações, por exemplo, a reputação de “defensor intransigente de seus interesses vitais”.⁷⁴⁸

De sua banda, a teoria liberal não consegue explicar as variações dos padrões de comprometimento e conformidade com as normas internacionais dos Estados democráticos, especialmente, das democracias mais desenvolvidas.⁷⁴⁹

Dentro de um quadro liberal, é difícil, senão impossível, a construção de um modelo geral sobre o cumprimento do direito internacional, porque as múltiplas e instáveis interações entre os interesses dos grupos domésticos, somadas aos problemas de poder, representatividade e responsabilidade desses grupos, tornam os resultados imprevisíveis ao longo do tempo.⁷⁵⁰

Para as teorias orientadas pelo direito, a conformidade ao direito internacional não depende de qualquer recompensa, mas da avaliação das normas internacionais como sendo corretas ou apropriadas, dessa forma, os atores internacionais (e os atores transnacionais — atores não estatais e subestatais — os influenciam nisso) seguem uma “lógica de adequação”, em vez daquela baseada apenas na busca consequencialista de seus próprios interesses.⁷⁵¹

Os construtivistas empregam um conceito sociológico de “normas”,⁷⁵² sendo que algumas normas produzem efeitos “constitutivos” de uma identidade, enquanto outras

⁷⁴⁸ Nesse sentido: KEOHANE, Robert O. International relations and international law: interests reputation, institutions. **American Society of International Law Proceedings**, v. 93, p. 376 - 377. 1999; BECK, Robert J. International law and international relations: the prospects for interdisciplinary collaboration. **Journal of International Legal Studies**, v. 1, n. 2, p. 133. 1995; KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 387 - 388. 1988; BANKS, Kevin. Trade, labor and international governance: an inquiry into the potential effectiveness of the new international labor law. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 32, n. 1, p. 77 - 78. 2011.

⁷⁴⁹ HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 486, nota 47, jan. 2005.

⁷⁵⁰ Nesse sentido: GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1839. 2002; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 19; KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 365. 1998.

⁷⁵¹ HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 477, jan. 2005.

⁷⁵² Na verdade, a abordagem construtivista é sociológica, bem como econômica, isto é, reconhece que tanto os elementos não materiais, quanto os materiais, formam uma estrutura social internacional, dentro da qual uma autêntica comunidade de atores na política internacional constroem suas próprias identidades, por meio de influências recíprocas (KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the

possuem efeitos “regulatórios” sobre identidades já definidas. Somadas, estabelecem as expectativas coletivas sobre o comportamento adequado de um ator em um determinado contexto e sob certas circunstâncias.⁷⁵³

Nessa esteira, os construtivistas afirmam que as normas internacionais, como estruturas intersubjetivas descritivas de expectativas coletivas, determinam os interesses motivadores das ações dos atores internacionais, ora constituindo a identidade desses atores, ora regulando o comportamento adequado deles.⁷⁵⁴

Desse modo, ao longo do tempo e a partir de entendimentos comuns, os Estados persuadem e são persuadidos pelas normas internacionais sobre qual o comportamento adequado. Assim, as concepções normativas — mesmo noções fundamentais como Estado, soberania⁷⁵⁵ e interesse nacional — são socialmente construídas e variam de acordo com o contexto histórico, ou seja, seus significados não são fixos, ao contrário, revelam grande subjetividade.⁷⁵⁶

Dessa forma, as técnicas analíticas das teorias racionalistas são ferramentas úteis e produtivas para a pesquisa empírica, no entanto, antes de serem aplicadas às práticas

normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 685 - 686. 2001). As condições materiais da sociedade internacional compreendem as fontes e os recursos de poder internacional traduzidos em linguagem jurídica como território, população, governo efetivo e capacidade de manter relações internacionais, ou seja, os elementos constitutivos da estatalidade prescritos na Convenção de Montevidéu de 1933 sobre Direitos e Obrigações dos Estados. Já as condições não materiais incluem as normas, os valores e as expectativas compartilhadas da vida internacional (BEDERMAN, David J. Constructivism, positivism, and empiricism in international law. **Georgetown Law Journal**, v. 89, n. 2, p. 477. 2001). Com efeito, para o construtivismo, os fatores materiais são relevantes, porém, na prática, significam o produto de ideias (ABBOT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, v. 54, p. 425. 2000; ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 137. 2004).

⁷⁵³ JEPPEPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 45.

⁷⁵⁴ KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 679. 1998.

⁷⁵⁵ Para a tradição grociana, a soberania é uma variável comportamental e não uma presunção analítica, portanto, qualquer ênfase na soberania é analiticamente enganosa e normativamente questionável (KRASNER, Stephen D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. **International Organization**, v. 36, n. 2, p. 193 - 194. 1982).

⁷⁵⁶ Nesse sentido: SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 91. 1998; ABBOT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, v. 54, p. 425. 2000; ABBOT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 137 - 139. 2004.

institucionais internacionais devem considerar que os modelos jurídicos resultam de escolhas históricas.⁷⁵⁷

Cabem, ainda, algumas observações críticas às ideias institucionalistas de que o direito internacional impacta apenas as questões de “baixa política”,⁷⁵⁸ o que significa dizer que não há normas internacionais onde elas realmente importam, destarte, o institucionalismo não vai muito além do realismo, a respeito do papel das normas internacionais nas mais importantes áreas da política internacional.⁷⁵⁹

Além disso, avessas à ideia de que uma norma internacional tenha também um sentido de obrigação moral, as teorias orientadas pelo poder apresentam um menor poder explicativo pertinente ao cumprimento de normas internacionais relativas aos direitos humanos, que impõem substanciais custos de soberania aos Estados, em troca de benesses coletivas de proteção à dignidade humana, que não oferecem nenhum ganho material ou reputacional aos Estados que os respeitam. E mesmo diante da resposta racionalista de que essas normas são utilizadas pelos Estados poderosos para justificar suas ações, é de se questionar por que grandes potências necessitam legitimar a busca dos seus interesses próprios.⁷⁶⁰

Enfim, satisfeitas as discussões à luz das principais correntes das teorias das relações internacionais sobre a influência do direito internacional no comportamento dos Estados, cabe agora analisar as medidas retaliatórias como mecanismos de indução ao cumprimento do direito da OMC.

⁷⁵⁷ Nesse sentido: KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 389 - 390. 1988; HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 82. 2012.

⁷⁵⁸ Em sentido contrário, a visão “funcionalista” ou “racionalista” dos regimes é uma ferramenta que transcende a ideia da “baixa política” como um campo mais fértil para a cooperação internacional do que a “alta política”, portanto, é útil aos estudos sobre segurança e idônea para explicar situações de conflito (BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 219. 1993).

⁷⁵⁹ Nesse sentido: BEDERMAN, David J. Constructivism, positivism, and empiricism in international law. **Georgetown Law Journal**, v. 89, n. 2, p. 473 - 474. 2001; AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 124. 1998.

⁷⁶⁰ Nesse sentido: HATHAWAY, Oona. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 479, jan. 2005; BARADARAN, Shima; FINDLEY, Michael; NIELSON, Daniel; SHARMAN, J. C. Does international law matter? **Minnesota Law Review**, v. 97, n. 3, p. 754 - 755. 2013.

3.4 As medidas retaliatórias como mecanismos de indução ao cumprimento do direito da OMC à luz das teorias das relações internacionais

Os casos de implementação problemática, à época do GATT, nomeados como “casos errados”,⁷⁶¹ continuaram a assim serem chamados no sistema OMC,⁷⁶² ou passaram a ser chamados de “casos controversos”,⁷⁶³ ou “casos resistentes”,⁷⁶⁴ e até mesmo de “casos impossíveis”,⁷⁶⁵ ou “mini guerras comerciais”,⁷⁶⁶ maneira ainda mais acentuada de qualificar os problemas que enfrentam. Preferimos concebê-los, de maneira menos contundente, apenas como “casos difíceis”, ou seja, aqueles que necessitaram esgotar todas as fases do processo de solução de controvérsias da OMC, considerando a aplicação de medidas retaliatórias.

Em todos esses contenciosos, os mecanismos retaliatórios foram impostos e fracassaram em sua tarefa de induzir o cumprimento das decisões do OSC, porém, não se deve ter uma visão negativa da OMC ou de que o OSC não funciona, com base num reduzido número de casos que estão longe de representar a totalidade das disputas ali travadas. Uma parcela ínfima de recalcitrância, menos de 1% do total de contenciosos, não traduz a integralidade dos bem-sucedidos registros de cumprimento das normas da OMC, ao contrário, reflete e confirma os impressionantes índices de conformidade às decisões do OSC.⁷⁶⁷

⁷⁶¹ HUDEC, Robert E. GATT dispute settlement after the Tokyo round: an unfinished business. **Cornell International Law Journal**, v. 13, n. 2, p. 159 - 163. 1980.

⁷⁶² ALTHUNAYAN, T. **Dealing with the fragmented international legal environment**: WTO, international tax and internal tax regulations. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 2010, p. 25 e 37.

⁷⁶³ DAVEY, William J. The WTO dispute settlement system: the first ten years. **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 1, p. 18. 2005.

⁷⁶⁴ Nesse sentido: BUSCH, Marc L.; REINHARDT, Eric. Transatlantic trade conflicts and GATT/WTO dispute settlement. In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich; POLLACK, Mark A. (Coords.) **Transatlantic economic disputes: the EU, the US and the WTO**. New York: Oxford University Press, 2003. p. 475.

⁷⁶⁵ TAYLOR, C. O’Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 331 - 443. 2007.

⁷⁶⁶ Nesse sentido: BREUSS, Fritz. WTO dispute settlement: an economic analysis of four EU-US mini trade wars — a survey. **Journal of Industry, Competition and Trade, Bank Papers**, v. 4, n. 4, p. 282 - 309. 2004; BREUSS, Fritz. Economic integration, EU-US trade conflicts and WTO dispute settlement. **European Integration online Papers (EIoP)**, v. 9, n. 12, p. 07 - 16. 2005. Uma “guerra comercial” acontece quando dois ou mais Estados colocam entre si barreiras comerciais, a exemplo do aumento de tarifas, como mecanismos retaliatórios. Seria melhor descrita como uma “guerra retaliatória comercial”. Além disso, são qualificadas como “mini” guerras comerciais, porquanto são pífios os valores decorrentes dos prejuízos das restrições impostas entre si pelos dois ou mais Estados envolvidos (à exceção do contencioso “FSC”), em relação ao total da corrente de comércio.

⁷⁶⁷ Nesse sentido: CHARNOVITZ, Steve. Rethinking WTO trade sanctions. **American Journal of International Law**, v. 95, n. 4, p. 809. 2001; COLARES, Juscelino F. The limits of WTO adjudication: is compliance the problem? **Journal of International Economic Law**, v. 14, n. 2, p. 428. 2011; WILSON, Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement ruling: the record to date. **Journal of**

Capaz de canalizar as disputas comerciais entre os Estados, a OMC apresenta uma eficaz estrutura institucional e o mais bem-sucedido sistema de solução de conflitos internacionais. Todavia, uma série de questões é suscitada diante do descumprimento de uma decisão adversa do OSC, não obstante a aplicação da retaliação e em que pesem as consequências para a legitimidade e integridade de todo o sistema.⁷⁶⁸

Devido ao tamanho e à importância de suas economias, se a história do sistema de solução de controvérsias da OMC é a história das relações transatlânticas entre os EUA e a UE, nos casos mais relevantes para o regime de comércio internacional, aqueles que dão a real medida do êxito do sistema jurídico da OMC, quando opostos, ambos os Estados mostraram-se resistentes em cumprir decisões contrárias do OSC, mesmo considerando a imposição de medidas retaliatórias.⁷⁶⁹

De fato, o que interessa à presente pesquisa é exatamente essa pequena, porém bem conhecida, parte das disputas sobre as quais o OSC não consegue impor o cumprimento das suas decisões por meio do “último recurso”⁷⁷⁰ da retaliação e que demonstram as dificuldades enfrentadas por esse mecanismo.

Embora as negociações da Rodada Uruguai tenham buscado a construção de mecanismos jurídicos mais coercitivos, a OMC não possui o monopólio legítimo do uso da força para impor as decisões do OSC, ou seja, em respeito ao princípio da independência

International Economic Law, v. 10, n. 2, p. 397. 2007; STEINBACH, Armin. EC liability for non-compliance with decisions of the WTO DSB: the lack of judicial protection persists. **Journal of World Trade**, v. 43, n. 5, p. 1068 - 1066. 2009; KLEINER, Marc. Bananas, airplanes and the WTO: prohibited export subsidies. **University of Miami International and Comparative Law Review**, v. 10, p. 141. 2002.

⁷⁶⁸ Nesse sentido: ALI, Asim Imdad. Non-compliance and ultimate remedies under the WTO dispute settlement system. **Journal of Public and International Affairs**, v. 14, p. 02 e 04. 2003; PRINCEN, Sebastiaan. EC compliance with WTO law: the interplay of law and politics. **European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 556. 2004; TAYLOR, C. O’Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 321, 334 e 445. 2007; LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 10; MCGIVERN, Brendan P. Seeking compliance with WTO rulings: theory, practice and alternatives. **International Lawyer (ABA)**, v. 36, n. 1, p. 157. 2002.

⁷⁶⁹ Nesse sentido: POŠIVÁKOVÁ, Ľudmila. The relationship between US and EU as members of WTO. Disponível em: <<https://www.law.muni.cz/content/cs/>>. Acesso em: 02 jan. 2017; BUSCH, Marc L.; REINHARDT, Eric. Transatlantic trade conflicts and GATT/WTO dispute settlement. In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich; POLLACK, Mark A. (Coords.) **Transatlantic economic disputes: the EU, the US and the WTO**. New York: Oxford University Press, 2003. p. 466, 475 e 477.

⁷⁷⁰ A suspensão das concessões ou outras obrigações conforme a transgressão cometida é o último remédio na tentativa de reversão da medida violadora do direito da OMC (Nesse sentido: DILLON JR., Thomas J. The World Trade Organization: a new legal order for world trade? **Michigan Journal of International Law**, v. 16, n. 2, p. 381. 1995; HUDEC, Robert E. Broadening the scope of remedies in WTO dispute settlement. In: WEISS, Friedl (Coord.). **Improving WTO dispute settlement procedures: issues and lessons from the practice of other international courts and tribunals**. London: Cameron May, 2000. p. 354).

soberana dos Estados-partes, a execução das normas da organização não é feita por uma força policial autorizada por um judiciário e em seu próprio nome, senão, exclusivamente, por meio da aplicação voluntária de medidas retaliatórias pelas próprias partes envolvidas no conflito e autorizadas pelo OSC, instrumentos de coerção que buscam impedir que os Estados desviem-se das obrigações contraídas na OMC.⁷⁷¹

A retaliação é um típico instrumento de “hard law” que aponta na direção da legalização das relações comerciais internacionais no âmbito da OMC.⁷⁷² A coercibilidade da OMC por meio de medidas retaliatórias autorizadas pelo OSC, que impõem sanções econômicas aos Estados violadores das obrigações internacionais, desafia a ideia do direito internacional como “soft law”, cujo cumprimento depende simplesmente da vontade dos Estados. Destarte, a retaliação implica uma obrigação jurídica internacional de cumprimento das decisões do OSC.⁷⁷³

Conquanto haja interpretações contrárias,⁷⁷⁴ a doutrina internacional⁷⁷⁵ e a jurisprudência do OSC⁷⁷⁶ afirmam que o objetivo último das contramedidas é induzir o

⁷⁷¹ Nesse sentido: YU, Xuesong A. The Byrd's view might not give you a whole picture - the battle in the World Trade Organization on the continued dumping and subsidy offset act of 2000. **Florida Journal of International Law**, v. 17, p. 431 - 432. 2005; LIMA, Thiago. O desafio de ganhar e levar: um estudo exploratório sobre a reação dos EUA em contestações agrícolas na OMC. **Cadernos Cedec (Edição Especial Cedec/INEU)**, n. 84, p. 05, nov. 2009; OLOFSON, Fredrik. **Trade gone bananas: a study of political control over trade**. f. 18 e 19. Thesis for degree of Master in of University of Gothenburg, Gothenburg; LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 97 - 98; DILLON JR., Thomas J. The World Trade Organization: a new legal order for world trade? **Michigan Journal of International Law**, v. 16, n. 2, p. 361. 1995; GUZMAN, Andrew T. Global governance and the WTO. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 2, p. 346. 2004.

⁷⁷² A título de exemplo, com esse novo sistema orientado pelo direito e dotado de “hard law”, esperava-se superar o bloqueio das decisões e, assim, resolver o conflito sobre a venda de carne com hormônio (JOSLING, Tim; ROBERTS, Donna; HASSAN, Ayesha. The beef-hormone dispute and its implications for trade policy. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242073421_The_Beef_Hormone_Dispute_and_its_Implications_for_Trade_Policy>. Acesso em: 13 jan. 2017).

⁷⁷³ Nesse sentido: PELC, Krzysztof J. Seeking escape: the use of escape clauses in international trade agreements. **International Studies Quarterly**, v. 53, p. 367. 2009; BRADFORD, Anu. When the WTO works, and how it fails. **Virginia Journal of International Law**, v. 51, n. 1, p. 13, 2010 - 2011; LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 09; BENEDETTI, Mariangela. The enforcement of global decisions: EU countermeasures against the US Byrd Amendment. In: CASSESE, Sabino. **Global administrative law: the casebook**. 3. ed. Rome-New York: IRPA-ILJ, 2012, p. 43.

⁷⁷⁴ Compensar a parte vencedora ou suportar a retirada dela de concessões comerciais são maneiras da parte perdedora cumprir uma decisão adversa do OSC, mecanismos úteis na qualidade de válvulas de escape do sistema, contudo, danosos para o objetivo primordial da organização: a promoção do livre comércio (LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 42 - 43).

⁷⁷⁵ Nesse sentido: BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth van den. Financial compensation in the WTO: improving the remedies of the WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 1, p. 102. 2005; NGANGJOH, Yenkon; RIOS-HERRAN, Roberto. WTO dispute settlement system and the issue of compliance: multilateralizing the enforcement mechanism. **Manchester Journal of International Economic**

cumprimento das normas da OMC e das decisões do OSC pelas partes recalcitrantes,⁷⁷⁷ a partir do restabelecimento do equilíbrio das concessões entre os Estados envolvidos, mediante sanções comerciais como instrumento de mercado, portanto, sem fins punitivos. Destarte, o mecanismo coercitivo da OMC somente cumpre adequadamente o seu papel quando induz de maneira efetiva o cumprimento das decisões do OSC.

Se a função das contramedidas é promover o cumprimento das decisões juridicamente vinculativas do OSC, a experiência da OMC revela que a aplicação dessas sanções não produziu o resultado esperado. Com efeito, diferente do que imaginavam os elaboradores do ESC, na prática, a aplicação de medidas retaliatórias não conseguiu induzir o cumprimento das normas da OMC e das decisões do OSC.⁷⁷⁸

Cada uma das teorias das relações internacionais oferece explicações do porquê. Numa leitura realista das relações internacionais, a decisão de violar uma norma da OMC e a consequente não-implementação de uma decisão adversa do OSC depende mais da vontade política estatal do que da força jurídica do cumprimento ou do sistema adjudicatório, porquanto o sistema de solução de controvérsias da OMC é, do início ao fim, político. Apesar de jurídicas, as decisões do OSC produzem substanciais implicações políticas, portanto, são

Law, v. 1, n. 3, p. 28. 2004; PAUWELYN, Joost H. Enforcement and countermeasures in the WTO: rules are rules - toward a more collective approach. **American Journal of International Law**, v. 94, p. 343. 2000; ISLAM, M. Rafiqul. Recent UE trade sanctions on the US to induce compliance with the WTO ruling in the foreign sales corporations case: its policy contradiction revisited. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 3, p. 472, 475 e 480. 2004; BENEDETTI, Mariangela. The enforcement of global decisions: EU countermeasures against the US Byrd Amendment. In: CASSESE, Sabino. **Global administrative law: the casebook**. 3. ed. Rome-New York: IRPA-IILJ, 2012, p. 47 - 48; CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **Pittsburgh Law Review**, v. 65, p. 763 e 787 - 788. 2004.

⁷⁷⁶ OSC/OMC. Comunidades Europeias – Medidas sobre carnes e produtos de carne (hormônios) (WT/DS 26/ARB, § 39); OSC/OMC. Comunidades Europeias – Regime sobre a importação, venda e distribuição de bananas (WT/DS 27/ARB, § 6.3; WT/DS 27/AB/R, § 92; WT/DS 27/ARB/ECU, §§ 72 e 76); OSC/OMC. Estados Unidos – Tratamento tributário de “venda de corporações estrangeiras” (WT/DS 108/ARB, § V.92); OSC/OMC. Estados Unidos – Lei de compensação por continuação do dumping ou manutenção das subvenções de 2000 (WT/DS 217/ARB/BRA; WT/DS 217/ARB/EEC; WT/DS 217/ARB/IND; WT/DS 217/ARB/JPN; WT/DS 217/ARB/KOR; WT/DS 234/ARB/MEX; §§ III.73 e IV.19; WT/DS 217/ARB/CHL, §§ III.7 e III.68; WT/DS 234/ARB/CAN, § III.71).

⁷⁷⁷ Mesmo quando suscetíveis à aplicação dos mecanismos retaliatórios, as partes recalcitrantes jamais deixaram de reconhecê-los como meios para o cumprimento do direito da OMC (NZELIBE, Jide. The credibility imperative: the political dynamics of retaliation in the world trade organization's dispute resolution mechanism. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 6, n. 1, p. 246. 2005).

⁷⁷⁸ Nesse sentido: MCGIVERN, Brendan P. Seeking compliance with WTO rulings: theory, practice and alternatives. **International Lawyer (ABA)**, v. 36, n. 1, p. 153 e 157. 2002; TAYLOR, C. O'Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 369. 2007; COLARES, Juscelino F. The limits of WTO adjudication: is compliance the problem? **Journal of International Economic Law**, v. 14, n. 2, p. 426. 2011; BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 134. 2001.

suscetíveis às relações de poder entre os Estados e a OMC. Desse modo, os limites das decisões do OSC contrárias aos interesses estatais é uma questão jurídica com amplas consequências políticas, conforme o poder dos Estados.⁷⁷⁹

Em muitos casos, as relações de poder limitam, quando não tornam totalmente inócuas, as pretensões jurídicas do OSC. Ao invés de estar imune às relações de poder, o OSC, na verdade, as identifica e as reforça, por meio do mecanismo da retaliação, expressão de que alguns Estados são mais iguais do que os outros.⁷⁸⁰

Os problemas de coerção da OMC decorrem da transformação de um sistema orientado pelo poder para um sistema orientado pelo direito, exceto no que concerne aos remédios jurídicos. Dessa maneira, as medidas retaliatórias como mecanismo de indução ao cumprimento das normas da OMC e das decisões do OSC, por meio do aumento das barreiras comerciais entre os Estados litigantes, não necessariamente resultam na reversão da medida violadora do direito da OMC, portanto, revelam-se instrumentos orientados pelo poder, “opções tradicionais de *realpolitik*”, que enfraquecem um sistema de adjudicação dos conflitos de comércio internacional que se pretende pautado pelo direito.⁷⁸¹

Na verdade, todos os Estados buscam a defesa cuidadosa de seus interesses soberanos, porém, somente os Estados grandes e poderosos conseguem vencer as “guerras comerciais”, em outras palavras, as contramedidas apenas produzem efeitos quando aplicadas pelos Estados poderosos. Diferente do que acontece com os demais Estados, apenas os EUA e a UE possuem as condições tanto de impor, mesmo entre si, o cumprimento (quando atuam como partes requerentes), quanto de procrastinar o cumprimento e, até mesmo, não cumprir — e

⁷⁷⁹ Nesse sentido: HUDEC, Robert E. The new WTO dispute settlement procedure: an overview of the first three years. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 8, n. 1, p. 14. 1999; TAYLOR, C. O’Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 319 - 320. 2007; ALVAREZ, Jose E. The new dispute settlers: (half) truths and consequences. **Texas International Law Journal**, v. 38, p. 415. 2003; DU, MICHAEL M. Standard of review under the SPS agreement after EC-hormones II. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 59, p. 441. 2010.

⁷⁸⁰ Nesse sentido: LIMA, Thiago. O desafio de ganhar e levar: um estudo exploratório sobre a reação dos EUA em contestações agrícolas na OMC. **Cadernos Cedec (Edição Especial Cedec/INEU)**, n. 84, p. 01, 04, 06 e 24, nov. 2009; ISLAM, M. Rafiqul. Recent UE trade sanctions on the US to induce compliance with the WTO ruling in the foreign sales corporations case: its policy contradiction revisited. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 3, p. 479. 2004.

⁷⁸¹ Nesse sentido: NGANGJOH, Yenkong; RIOS-HERRAN, Roberto. WTO dispute settlement system and the issue of compliance: multilateralizing the enforcement mechanism. **Manchester Journal of International Economic Law**, v. 1, n. 3, p. 28. 2004; ALEMANNO, Alberto. Judicial enforcement of the WTO hormones ruling within the European Community: toward EC liability for the non-implementation of WTO dispute settlement decisions? **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 2, 552. 2004; ALI, Asim Imdad. Non-compliance and ultimate remedies under the WTO dispute settlement system. **Journal of Public and International Affairs**, v. 14, p. 01. 2003.

efetivamente foram os únicos que não cumpriram — (quando atuam como partes requeridas), as decisões desfavoráveis do OSC, embora coagidos com medidas retaliatórias, depois de esgotados todos os recursos disponíveis do sistema de solução de controvérsias da OMC. Isso discrimina, duplamente, os países menos desenvolvidos e confere aos mais desenvolvidos vantagens desproporcionais.⁷⁸²

Além disso, o caráter vago das decisões do OSC quanto à compulsoriedade do cumprimento das medidas retaliatórias permite aos Estados desviarem-se das suas obrigações internacionais, todavia, de forma assimétrica, somente os Estados poderosos são capazes de fazê-lo.⁷⁸³

Outrossim, se fossem utilizadas contra os países desenvolvidos, as medidas retaliatórias — inclusa a retaliação cruzada — não atribuiriam benefícios significativos aos países em desenvolvimento, quando não os deixariam numa situação econômica ainda pior,

⁷⁸² Nesse sentido: CLARK, Hunter R.; BOGRAN, Amy; HANSON, Hayley. The WTO ruling on foreign sales corporations: costliest battle yet in an escalating trade war between the United States and the European Union. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, n. 2, p. 317. 2001; BREUSS, Fritz. WTO dispute settlement: an economic analysis of four EU-US mini trade wars — a survey. **Journal of Industry, Competition and Trade, Bank Papers**, v. 4, n. 4, p. 277 e 289. 2004; BREUSS, Fritz. Economic integration, EU-US trade conflicts and WTO dispute settlement. **European Integration online Papers (EIoP)**, v. 9, n. 12, p. 05 e 18. 2005; PAUWELYN, Joost H. Enforcement and countermeasures in the WTO: rules are rules - toward a more collective approach. **American Journal of International Law**, v. 94, p. 344. 2000; PRINCEN, Sebastiaan. EC compliance with WTO law: the interplay of law and politics. **European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 556. 2004; TAYLOR, C. O'Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 321, 334 e 445. 2007; MAVROIDIS, Petros C. Remedies in the WTO legal system: between a rock and a hard place. **European Journal of International Law**, v. 11, n. 4, p. 808. 2000; DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 126. 2009; DILLON JR., Thomas J. The World Trade Organization: a new legal order for world trade? **Michigan Journal of International Law**, v. 16, n. 2, p. 400. 1995; HENRIK Horn; MAVROIDIS, Petros C.; NORDSTRÖM, Håkan. Is the use of the WTO dispute settlement system biased? **CEPR Discussion Paper 2340**, p. 17. 1999; NGANGJOH, Yenkon; RIOS-HERRAN, Roberto. WTO dispute settlement system and the issue of compliance: multilateralizing the enforcement mechanism. **Manchester Journal of International Economic Law**, v. 1, n. 3, p. 28. 2004; SHAFFER, Gregory. How to make the WTO dispute settlement system work for developing countries: some proactive developing country strategies. In: _____; MOSOTI, Victor; QURESHI, Asif. Towards a development-supportive dispute settlement system in the WTO. **International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)**, Resource Paper n. 5, p. 38 e nota 30. 2003; BREUSS, Fritz. Economic integration, EU-US trade conflicts and WTO dispute settlement. **European Integration online Papers (EIoP)**, v. 9, n. 12, p. 17. 2005; ISLAM, M. Rafiqul. Recent UE trade sanctions on the US to induce compliance with the WTO ruling in the foreign sales corporations case: its policy contradiction revisited. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 3, p. 476 e 478. 2004; BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 147. 2001.

⁷⁸³ Nesse sentido: SHAFFER, Gregory. How to make the WTO dispute settlement system work for developing countries: some proactive developing country strategies. In: _____; MOSOTI, Victor; QURESHI, Asif. Towards a development-supportive dispute settlement system in the WTO. **International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)**, Resource Paper n. 5, p. 38. 2003; BREUSS, Fritz. Economic integration, EU-US trade conflicts and WTO dispute settlement. **European Integration online Papers (EIoP)**, v. 9, n. 12, p. 17 - 18. 2005.

além das consequências negativas para o sistema. Dessa maneira, os Estados fracos estão vulneráveis e em desvantagem em relação aos Estados fortes. Isso explica por que tantas vezes os Estados pobres hesitam em demandar contra os Estados ricos e, mesmo quando o fazem e são autorizados a impor contramedidas, não as aplicam. Portanto, em relação ao cumprimento das decisões do OSC, o regime jurídico da OMC é tendencioso, pois os remédios jurídicos são totalmente ineficazes, quando utilizados pelos países em desenvolvimento, em outras palavras, da forma como foi projetada, a retaliação oscila entre um remédio desvantajoso e inútil para os Estados pequenos.⁷⁸⁴

Nesse diapasão, a capacidade de retaliação depende do tamanho do PIB e do nível de dependência das exportações entre os Estados envolvidos no litígio. O impasse surge quando Estados poderosos confrontam-se no OSC. Nesses casos, as medidas retaliatórias simplesmente não funcionam.⁷⁸⁵

E o mais importante, o fracasso do cumprimento dessas decisões por parte dos mais poderosos membros da OMC, EUA e UE, não obstante a aplicação de sanções retaliatórias, representa um mal exemplo para a conduta do demais Estados e um desserviço para a ideia de um sistema de comércio internacional orientado pelo direito, além de comprometer futuras negociações de liberalização comercial. Os EUA e a UE são os principais parceiros do comércio internacional, inclusive para a maioria dos demais Estados, portanto, o que poderia ser mais danoso para o regime jurídico da OMC do que o descumprimento das obrigações assumidas pelas maiores economias mundiais?⁷⁸⁶

⁷⁸⁴ Nesse sentido: NGANGJOH, Yenkon; RIOS-HERRAN, Roberto. WTO dispute settlement system and the issue of compliance: multilateralizing the enforcement mechanism. **Manchester Journal of International Economic Law**, v. 1, n. 3, p. 18. 2004; SCHAEFER, Matthew. National review of WTO dispute settlement reports: in the name of sovereignty or enhanced WTO rule compliance? **St. John's Journal of Legal Commentary**, v. 11, n. 2, p. 325. 1996; KUNZE, Katharina. **Solving EC-Bananas: the WTO dispute settlement mechanism and developing countries**. 2009. f. 16 e 19 - 22 e 25. Thesis for degree of Master of Law and Business, Bucerius Law School / Otto Beisheim School of Management, Hamburgo; MOSOTI, Victor. Does Africa need the WTO dispute settlement system? In: SHAFFER, Gregory; ____; QURESHI, Asif (Coords). **International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)**, Resource Paper n. 5, p. 80 - 81. 2003; ISLAM, M. Rafiqul. Recent UE trade sanctions on the US to induce compliance with the WTO ruling in the foreign sales corporations case: its policy contradiction revisited. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 3, p. 476 e 478 - 479. 2004.

⁷⁸⁵ Nesse sentido: SPILKER, Gabriele. Compliance with WTO dispute rulings. **NCCR Trade Regulation**, Working Paper n. 2011/25, p. 10 - 11. 2012; MORA, Miquel Montana I. A GATT with teeth: law wins over politics in the resolution of international trade disputes. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 31, n. 1, p. 157 - 158. 1993.

⁷⁸⁶ Nesse sentido: LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 05; SCHAEFER, Matthew. National review of WTO dispute settlement reports: in the name of sovereignty or enhanced WTO rule compliance? **St. John's Journal of Legal Commentary**, v.

Em contraponto, por que os Estados poderosos abdicariam do uso unilateral da retaliação em prol de um sistema da OMC orientado pelo direito? Assim como os Estados fortes conferiram à OMC a capacidade de determinar comportamentos estatais na seara internacional, podem a qualquer momento retirá-la, e, atualmente, a autoridade do OSC é sobremaneira questionada. Diante disso, melhor seria se a OMC se antecipasse à realidade de que os Estados poderosos desrespeitarão o seu direito quando lhes convier.⁷⁸⁷

Assim, nos casos de retaliação autorizada pelo OSC e utilizada pelos Estados, a igualdade jurídica ombreia com a desigualdade de fato. Se não ilustram uma lógica pura de poder, em que a assimetria entre os Estados é responsável pelo cumprimento forçado das obrigações da OMC, mostram que a retaliação é incapaz de determinar o comportamento dos Estados fortes e, pior, caso o fizesse, seria prejudicial aos Estados fracos. Portanto, as medidas retaliatórias do sistema de solução de controvérsias da OMC são a expressão de um regime jurídico ainda muito influenciado pelas relações de poder.

A partir de uma perspectiva institucionalista das relações internacionais, os Estados-membros cumprem o direito da OMC, porque, de acordo com a teoria dos jogos cooperativos, consideram-no de seu próprio interesse, destarte, as normas comerciais internacionais refletem um “ótimo de Pareto”, isto é, apenas melhoram o bem-estar econômico de cada Estado, em virtude da liberalização do comércio internacional. Todavia, não é esse o comportamento internacional dos Estados.⁷⁸⁸

Outrossim, caso se interprete o comércio internacional a partir da teoria dos jogos não cooperativos e iterados, particularmente, o “jogo do dilema do prisioneiro e o “jogo da segurança”, o surgimento e a manutenção da cooperação internacional deve-se às estratégias de retaliação adotadas pelos Estados e às informações por eles compartilhadas. Entretanto, na

11, n. 2, p. 326. 1996; POŠIVÁKOVÁ, Ludmila. The relationship between US and EU as members of WTO. Disponível em: <<https://www.law.muni.cz/content/cs/>>. Acesso em: 02 jan. 2017; CUPPETT, Bryan Scott. **Case study on world trade organization dispute settlement: European Communities. Measures affecting meat and meatproducts (hormones), complaint by the United States.** f. 02, 11, 44, 61 e 63. 2000. Thesis for degree of Master of Arts Political Science of Virginia Polytechnic Institute and State University, Virginia.

⁷⁸⁷ Nesse sentido: BRADFORD, Anu. When the WTO works, and how it fails. **Virginia Journal of International Law**, v. 51, n. 1, p. 39, 2010 – 2011; SHAFFER, Gregory; ELSIG, Manfred; PUIG, Sergio. The extensive (but fragile) authority of the WTO appellate body. **Law and Contemporary Problems**, vol. 79, n. 1, p. 273. 2016; TAYLOR, C. O’Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 445. 2007.

⁷⁸⁸ Nesse sentido: LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO.** Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 97; GREEN, Robert A. Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes. **Yale Journal of International Law**, v. 23, n. 1, p. 107 - 108. 1998.

prática também não é isso o que acontece. Cada jogador não é necessariamente capaz de interpretar de forma correta o movimento do outro, antes de optar pela retaliação — especialmente no caso de obrigações ambíguas dos acordos internacionais —, tampouco os sistemas intergovernamentais são capazes de gerenciar, juridicamente, a aplicação de medidas retaliatórias e a disseminação de informação, a fim de solucionar as controvérsias e evitar que, em último caso, produzam, até mesmo, guerras comerciais.⁷⁸⁹

A teoria jurídica sobre os mecanismos retaliatórios da OMC deita raízes na ideia de reciprocidade, ou seja, de que as obrigações de cada Estado são compensadas pelas obrigações dos demais. O sistema cria incentivos “intrínsecos” ao cumprimento de suas normas, outrossim, por meio do interesse dos Estados em vê-lo funcional e das sanções reputacionais que produz.⁷⁹⁰

Nos jogos de interação internacional repetida, as preocupações reputacionais são mais relevantes para a execução do direito internacional do que a retaliação direta. Em muitos casos, no sistema de solução de controvérsias da OMC, os custos reputacionais desempenham um papel mais importante do que as sanções formais. Entretanto, a reputação não pode ser um mecanismo exclusivo para induzir o cumprimento do direito da OMC. Nas questões de grande importância nacional, os prejuízos reputacionais, em virtude da aplicação de medidas retaliatórias, não produzem, por si só, a conformidade, descontextualizados de um conjunto de forças políticas domésticas. E, ainda, quando um Estado viola os direitos de outro, isso não necessariamente compromete a sua reputação perante os demais, porque as informações sobre os comportamentos estatais não são precisas e exatas na sociedade internacional.⁷⁹¹

Ademais, a imposição de sanções comerciais por meio de retaliações é onerosa, em termos de bem-estar econômico, também para os Estados que as impõem, portanto, as

⁷⁸⁹ GREEN, Robert A. Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes. *Yale Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 105 - 106, 109 - 111, 127 - 128 e 138 - 139. 1998.

⁷⁹⁰ Nesse sentido: HUDEC, Robert E. Broadening the scope of remedies in WTO dispute settlement. In: WEISS, Friedl (Coord.). **Improving WTO dispute settlement procedures: issues and lessons from the practice of other international courts and tribunals**. London: Cameron May, 2000. p. 366; KUNZE, Katharina. **Solving EC-Bananas: the WTO dispute settlement mechanism and developing countries**. 2009. f. 17 e 20. Thesis for degree of Master of Law and Business, Bucerius Law School / Otto Beisheim School of Management, Hamburgo; GREEN, Robert A. Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes. *Yale Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 126. 1998.

⁷⁹¹ Nesse sentido: SPAMANN, Holger. The myth of “rebalancing” retaliation in WTO dispute settlement practice. *Journal of International Economic Law*, v. 9, p. 78. 2006; SCHWARTZ Warren F.; SYKES, Alan O. The economic structure of renegotiation and dispute resolution in the World Trade Organization. *Journal of Legal Studies*, v. 31, n. 1, p. S197 - S198 e S204. 2002; COLARES, Juscelino F. The limits of WTO adjudication: is compliance the problem? *Journal of International Economic Law*, v. 14, n. 2, p. 431. 2011.

medidas retaliatórias não são dotadas de uma adequada estrutura de incentivos, na verdade, não atendem nem mesmo aos interesses dos Estados autorizados pelo OSC a aplicá-las. Assim, diante das inconsistências econômicas das contramedidas do OSC, em termos de livre comércio, é difícil imaginá-las capazes de alcançar os seus objetivos de indução ao cumprimento das normas da OMC.⁷⁹²

Como ocorre com todo sistema de solução de controvérsias, no atual regime jurídico da OMC, o Estado derrotado num litígio no OSC avalia os seus interesses próprios, a partir das suas realidades políticas, *vis-à-vis* o custo das sanções autorizadas. Desse modo, o regime jurídico da OMC afasta os Estados do cumprimento de suas obrigações, quando os custos excedem os benefícios, portanto, o OSC deve sopesar o custo da medida retaliatória e o benefício da medida violadora, a fim de não estimular o descumprimento do direito da OMC. Entretanto, é difícil precisar o nível ideal de eficiência das sanções formais da OMC, o que não significa que sejam totalmente irrelevantes.⁷⁹³

De outra sorte, quando o poder de retaliação bilateral entre os Estados não é expressivo, o atual sistema incentiva o descumprimento — ou na melhor das hipóteses, a morosidade no cumprimento — do direito da OMC. Nesses casos, a punição não oferece incentivos para o Estado violador abdicar das medidas transgressoras do direito da OMC, ao contrário, torna vantajosa a morosidade e a violação e ineficientes as medidas retaliatórias,

⁷⁹² Nesse sentido: CHARNOVITZ, Steve. The WTO's problematic "last resort" against noncompliance. **Aussenwirtschaft**, v. 57, n. 4, p. 420. 2002; PAUWELYN, Joost H. Enforcement and countermeasures in the WTO: rules are rules - toward a more collective approach. **American Journal of International Law**, v. 94, p. 344. 2000; GREEN, Robert A. Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes. **Yale Journal of International Law**, v. 23, n. 124 - 125, p. 102. 1998; WÜGER, Daniel. The never ending story: the implementation phase in the dispute between the EC and the United States on hormone-treated beef. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 778. 2002; MAVROIDIS, Petros C. Remedies in the WTO legal system: between a rock and a hard place. **European Journal of International Law**, v. 11, n. 4, p. 806. 2000; SYKES, Alan O. Regulatory protectionism and the of international trade. **The University of Chicago Law Review**, v. 66, n. 1, p. 05. 1999; BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth van den. Financial compensation in the WTO: improving the remedies of the WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 1, p. 102 -103. 2005; CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **Pittsburgh Law Review**, v. 65, p. 785. 2004.

⁷⁹³ Nesse sentido: TAYLOR, C. O'Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 336. 2007; PRINCEN, Sebastiaan. EC compliance with WTO law: the interplay of law and politics. **European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 574. 2004; BRADFORD, Anu. When the WTO works, and how it fails. **Virginia Journal of International Law**, v. 51, n. 1, p. 13, 2010 - 2011; BERNSTEIN, Jason; SKULLY, David. Calculating trade damages in the context of the world trade organization's dispute settlement process. **Review of Agricultural Economics**, v. 25, n. 2, p. 397. 2003; SCHWARTZ Warren F.; SYKES, Alan O. The economic structure of renegotiation and dispute resolution in the World Trade Organization. **Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 1, p. S192. 2002; TRACHTMAN, Joel P. The WTO cathedral. **Stanford Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 159. 2007; GREEN, Robert A. Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes. **Yale Journal of International Law**, v. 23, n. 125 - 126, p. 102. 1998.

comprometendo a obrigatoriedade das decisões do OSC, portanto, a suspensão das concessões não é uma medida compatível com princípios de justiça e eficiência.⁷⁹⁴

Destarte, os Estados buscam nas relações internacionais concretizar os seus interesses individuais e o direito da OMC lhes permite maximizar benefícios, a partir da ideia de livre comércio, todavia, a suspensão das concessões é incoerente com os fundamentos da organização e, em muitos casos, os custos da medida incentivam a não-conformidade às decisões do OSC, por isso, de acordo com a situação, o descumprimento não macula a reputação de um Estado, pelo menos, não em relação a todos os outros.

De acordo com uma abordagem liberal das relações internacionais, o descumprimento das normas e decisões da OMC deve ser analisado a partir dos benefícios⁷⁹⁵ auferidos por setores econômicos domésticos de grande relevância política. Contudo, exatamente essas considerações de ordem política interna levaram os EUA e a UE⁷⁹⁶ a condutas em desacordo com o direito da OMC, em que pese a aplicação das medidas retaliatórias.⁷⁹⁷

Dessa maneira, ao contrário do que propugna a lógica do sistema jurídico da OMC,⁷⁹⁸ as medidas comerciais restritivas não tornam mais efetivas as decisões do OSC quanto mais

⁷⁹⁴ Nesse sentido: NGANGJOH, Yenkong; RIOS-HERRAN, Roberto. WTO dispute settlement system and the issue of compliance: multilateralizing the enforcement mechanism. **Manchester Journal of International Economic Law**, v. 1, n. 3, p. 30. 2004; PAUWELYN, Joost H. Enforcement and countermeasures in the WTO: rules are rules - toward a more collective approach. **American Journal of International Law**, v. 94, p. 344. 2000; SCHWARTZ Warren F.; SYKES, Alan O. The economic structure of renegotiation and dispute resolution in the World Trade Organization. **Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 1, p. S191. 2002; SHAFFER, Gregory. How to make the WTO dispute settlement system work for developing countries: some proactive developing country strategies. In: _____; MOSOTI, Victor; QURESHI, Asif. Towards a development-supportive dispute settlement system in the WTO. **International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)**, Resource Paper n. 5, p. 39. 2003; TRACHTMAN, Joel P. The WTO cathedral. **Stanford Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 132. 2007.

⁷⁹⁵ O equilíbrio entre deveres e direitos, perdas e ganhos, custos e benefícios econômicos, em termos mercantilistas, traduz-se como importações e exportações, e, não obstante as objeções da teoria econômica à simplicidade desse raciocínio, assim é percebido pelas forças domésticas no debate sobre a política comercial (HUDEC, Robert E. Broadening the scope of remedies in WTO dispute settlement. In: WEISS, Friedl (Coord.). **Improving WTO dispute settlement procedures: issues and lessons from the practice of other international courts and tribunals**. London: Cameron May, 2000. p. 366.

⁷⁹⁶ Nos países em desenvolvimento, o poder de influência dos grupos de interesse domésticos exerce igual pressão política, senão maior (NZELIBE, Jide. The credibility imperative: the political dynamics of retaliation in the world trade organization's dispute resolution mechanism. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 6, n. 1, p. 239 - 240. 2005).

⁷⁹⁷ Nesse sentido: HOFMANN, Tobias; KIM, Soo Yeon. Does trade comply? The economic effect(ivenes)s of WTO dispute settlement. Trabalho apresentado no encontro anual da Sociedade de Estudos Internacionais intitulado "Governança Global: Autoridade Política em Transição", Montreal/Quebec, Canadá, 16 mar. 2011. Disponível em: <personal.lse.ac.uk/RICKARD/kim.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017; LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 76.

⁷⁹⁸ Em síntese do que já foi detalhado anteriormente nesta pesquisa, a ideia da suspensão de concessões autorizada pelo OSC e aplicada por um Estado é causar prejuízos econômicos aos grupos de interesse

grupos de interesse domésticos elas atingirem e quanto maior for a influência política desses grupos, na qualidade de incentivos “extrínsecos” ao cumprimento do direito da OMC. Com efeito, ao invés de desfazer resistências domésticas à implementação de suas decisões, o OSC parece tê-las aumentado e, qualquer medida que tente contornar essa situação acaba, o que é ainda pior, por ameaçar a sua própria eficácia.⁷⁹⁹

Ademais, a não-conformidade com as decisões pertinentes a questões de grande importância nacional mantém a estabilidade da ordem política doméstica e o consenso do regime de comércio liberal.⁸⁰⁰

Apesar das decisões do OSC ensejarem a responsabilidade dos Estados-membros, há um descompasso entre as obrigações da OMC e a habilidade dos Estados democráticos em cumpri-las. Ao contrário do que se poderia imaginar, o grau de democracia dificulta, ao invés de facilitar, o cumprimento de decisões adversas do OSC.⁸⁰¹

Em todos os casos do OSC em que a retaliação foi aplicada, a fim de se reverter o descumprimento da decisão, as partes requeridas, EUA e UE, são economias desenvolvidas e democracias abertas ao mercado,⁸⁰² cujas rendas de seus cidadãos e de suas empresas lhes

domésticos de outro Estado de maneira que pressionem o seu Estado no sentido do cumprimento do direito da OMC (GREEN, Robert A. *Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes*. **Yale Journal of International Law**, v. 23, n. 1, p. 109. 1998).

⁷⁹⁹ Nesse sentido: NZELIBE, Jide. The credibility imperative: the political dynamics of retaliation in the world trade organization's dispute resolution mechanism. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 6, n. 1, p. 227. 2005; SPILKER, Gabriele. Compliance with WTO dispute rulings. **NCCR Trade Regulation**, Working Paper n. 2011/25, p. 02 - 03 e 06. 2012; KUNZE, Katharina. **Solving EC-Bananas: the WTO dispute settlement mechanism and developing countries**. 2009. f. 20. Thesis for degree of Master of Law and Business, Bucerius Law School / Otto Beisheim School of Management, Hamburgo; LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 41 - 42; GREEN, Robert A. *Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes*. **Yale Journal of International Law**, v. 23, n. 1, p. 109. 1998.

⁸⁰⁰ Comentário feito por Donald Davis ao texto: JACKSON, John H. The role and effectiveness of the WTO dispute settlement mechanism. In: COLLINS, Susan M.; RODRIK, Dani (Coords). **Brookings Trade Forum**. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2000. p. 232.

⁸⁰¹ Nesse sentido: CHARNOVITZ, Steve. Rethinking WTO trade sanctions. **American Journal of International Law**, v. 95, n. 4, p. 820. 2001; SPILKER, Gabriele. Compliance with WTO dispute rulings. **NCCR Trade Regulation**, Working Paper n. 2011/25, p. 14. 2012.

⁸⁰² Por abertura comercial entende-se o total de exportações e importações (corrente de comércio) dividido pelo PIB do Estado. Paradoxalmente, apesar de mais dependentes do comércio internacional e receosas em relação à retaliação, constata-se que as economias mais abertas não são as que mais cumprem as normas comerciais internacionais (Nesse sentido: BUSCH, Marc L. Democracy, consultation, and the paneling of disputes under GATT. **The Journal of Conflict Resolution**, v. 44, n. 4, p. 434, 438 e 441. 2000; BUSCH, Marc L.; REINHARDT, E. Bargaining in the shadow of the law: early settlement in GATT/WTO disputes. **Fordham International Law Journal**, v. 24, n. 1, p. 167. 2001).

conferem considerável poder de pressão. Esse fator parece ser decisivo para a não conformidade.⁸⁰³

Outrossim, como os compromissos internacionais necessariamente aumentam o poder de um grupo político e diminuem o de outro, em um Estado democrático, a pressão pelo não cumprimento pode vir dos políticos de oposição como um expediente interno contrário ao governo.⁸⁰⁴

Diante disso, em temas de expressiva sensibilidade nacional, a força política e econômica dos grupos de interesse domésticos prevalece sobre as medidas de implementação interna do direito da OMC, especialmente nos Estados democráticos.

Conforme uma visão construtivista das relações internacionais, além dos interesses estritamente econômicos de liberalização comercial e maximização de bem-estar, as disputas comerciais internacionais são muito complexas e envolvem outros fatores, tais como a percepção pública e a retórica política nacional e internacional.⁸⁰⁵

As restrições comerciais impostas mediante decisão do OSC são uma boa medida de como a legitimidade percebida pelos Estados impacta o cumprimento da sentença proferida. Se o processo jurídico no âmbito da OMC não for percebido como justo pelos Estados, inclusas as partes envolvidas no litígio, não haverá a necessária pressão internacional pelo cumprimento das suas decisões. Além da “coerção física”, a forma e o conteúdo jurídico são meios de persuasão do cumprimento pelas partes derrotadas, utilizados para legitimar os processos e as decisões do painel e do órgão de apelação da OMC.⁸⁰⁶

⁸⁰³ TAYLOR, C. O’Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 335 e 336, nota 119. 2007.

⁸⁰⁴ Nesse sentido: SCHWARTZ Warren F.; SYKES, Alan O. The economic structure of renegotiation and dispute resolution in the World Trade Organization. **Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 1, p. S180. 2002; VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 147 - 148; VARELLA, M. D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. **Revista Direito GV**, v. 19, n. 1, p. 59. 2014.

⁸⁰⁵ Nesse sentido: BERMANN, Suzanne. EC-hormones and the case for an express WTO postretaliation procedure. **Columbia Law Review**, v. 107, n. 1, p. 150 - 151 e nota 123. 2007; WÜGER, Daniel. The never ending story: the implementation phase in the dispute between the EC and the United States on hormone-treated beef. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 816. 2002.

⁸⁰⁶ Nesse sentido: PRINCEN, Sebastiaan. EC compliance with WTO law: the interplay of law and politics. **European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 558. 2004; BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 166 - 167. 2001; O’CONNOR, Bernard. Remedies in the world trade organization dispute settlement system: the bananas and hormones cases. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 2, p. 266. 2004; KOZLINA, Simon. WTO panel report in United States - tax treatment of ‘foreign sales corporations’. **University of New South Wales Law Journal**, v.

Desse modo, o cumprimento das decisões do OSC depende do poder de persuasão das medidas retaliatórias em desestimular o descumprimento das normas da OMC não apenas no Estado suscetível à aplicação dessa sanção, mas em todos os Estados, sob a “sombra da retaliação”, receosos de suas consequências.⁸⁰⁷

Um importante fator do descumprimento das decisões é o significado simbólico das questões não comerciais para cada cultura, por exemplo, a proteção alimentar para a UE e a segurança nacional para os EUA. Embora invocar a sensibilidade política a respeito de assuntos de grande impacto interno não impeça que as questões técnicas sejam submetidas a uma estrutura adjudicatória vinculante, ou seja, não afasta a jurisdição da OMC, nesses casos, as partes requeridas geralmente preferem suportar as medidas de retaliação comercial.⁸⁰⁸

Dessa forma, ainda que haja exceções, pelo fato de determinadas questões possuírem sentidos culturais distintos, os Estados devem ser persuadidos pelas decisões do OSC, sob pena de não as entenderem legítimas e, por consequência, não as cumprirem.

A seguir, busca-se aferir, empiricamente, a validade das proposições teóricas apresentadas e, assim, melhor entender o funcionamento da retaliação como mecanismo de indução ao cumprimento do direito da OMC. Ao se isolar e, em seguida, sobrepor os elementos centrais das teorias das relações internacionais a cada um dos contenciosos em que as medidas retaliatórias foram autorizadas pelo OSC e utilizadas pelos Estados, é possível chegar a diversas conclusões sobre por que os mecanismos retaliatórios não produziram os fins colimados.

24, n. 1, p. 528. 2001; GREEN, Robert A. Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes. **Yale Journal of International Law**, v. 23, n. 1, p. 138. 1998; WÜGER, Daniel. The never ending story: the implementation phase in the dispute between the EC and the United States on hormone-treated beef. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 816. 2002.

⁸⁰⁷ Nesse sentido: MAVROIDIS, Petros C. The meeting in Doha. **Journal of World Trade**, v. 36, n. 2, p. 168. 2002; CHARNOVITZ, Steve. The WTO's problematic “last resort” against noncompliance. **Aussenwirtschaft**, v. 57, n. 4, p. 423. 2002.

⁸⁰⁸ Nesse sentido: TAYLOR, C. O’Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 337 e 444. 2007; RAGOSTA, John; JONEJA, Navin; ZELDOVICH, Mikhail. WTO dispute settlement: the system is flawed and must be fixed. **International Lawyer (ABA)**, v. 37, n. 3, p. 746. 2003; GREEN, Robert A. Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes. **Yale Journal of International Law**, v. 23, n. 1, p. 132. 1998; LIN, Tsai-Yu. Compliance proceedings under article 21.5 of DSU and Doha proposed reform. **The International Lawyer**, v. 39, n. 4, p. 918. 2005.

3.5 A leitura das teorias das relações internacionais sobre os contenciosos em que as medidas retaliatórias foram autorizadas pelo OSC e utilizadas pelos Estados

3.5.1 Comunidades Europeias – medidas sobre carnes e produtos de carne (hormônios)

Em um grande teste para a arquitetura jurídica da OMC e para o sistema de comércio internacional, no caso “Hormônios”, as contramedidas não produziram os efeitos esperados sobre o comportamento dos Estados violadores.⁸⁰⁹

Não se trata de algo novo para as relações internacionais, o embate entre os interesses individuais dos Estados e os padrões regulatórios internacionais. Dessa maneira, quando ambas as partes envolvidas em um litígio internacional são economias de maior escala, as medidas retaliatórias revelam-se inócuas, quando as partes demandantes são economias de porte relativamente menor, é como se os mecanismos de retaliação simplesmente não existissem. A título ilustrativo, assim como os norte-americanos e os canadenses, os produtores mexicanos e os equatorianos foram afetados pela proibição de importação de carne com hormônio, mas não retaliaram.⁸¹⁰

⁸⁰⁹ Nesse sentido: PRINCEN, Sebastiaan. EC compliance with WTO law: the interplay of law and politics. **European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 570 - 571. 2004; JACKSON, John H. The role and effectiveness of the WTO dispute settlement mechanism. In: COLLINS, Susan M.; RODRIK, Dani (Coords). **Brookings Trade Forum. Washington, DC**: Brookings Institution Press, 2000. p. 193; CHARNOVITZ, Steve. Rethinking WTO trade sanctions. **American Journal of International Law**, v. 95, n. 4, p. 797 e 808. 2001; ALI, Asim Imdad. Non-compliance and ultimate remedies under the WTO dispute settlement system. **Journal of Public and International Affairs**, v. 14, p. 11. 2003; MCGIVERN, Brendan P. Seeking compliance with WTO rulings: theory, practice and alternatives. **International Lawyer (ABA)**, v. 36, n. 1, p. 153. 2002; LLOYD, Nicole C. Beef hormones foster animosity and not growth: an analysis of the World Trade Organization solving the United States' and European Communities beef hormone dispute. **Penn State International Law Review**, v. 25, n.2, p. 587. 2006; JOSLING, Tim; ROBERTS, Donna; HASSAN, Ayesha. The beef-hormone dispute and its implications for trade policy. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242073421_The_Beef-Hormone_Dispute_and_its_Implications_for_Trade_Policy>. Acesso em: 13 jan. 2017; SIEN, Isis Amelia Rose. Beefing up the hormones dispute problems in compliance and viable compromise alternatives. **Georgetown Law Journal**, v. 95, n. 2, p. 589. 2007; BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 161. 2001.

⁸¹⁰ Nesse sentido: DOUMA, Wybe T. The beef hormones dispute and the use of national standards under WTO law. **European Environmental Law Review**, v. 8, p. 142. 1999; ALI, Asim Imdad. Non-compliance and ultimate remedies under the WTO dispute settlement system. **Journal of Public and International Affairs**, v. 14, p. 11. 2003; SIEN, Isis Amelia Rose. Beefing up the hormones dispute problems in compliance and viable compromise alternatives. **Georgetown Law Journal**, v. 95, n. 2, p. 572. 2007.

Na linguagem do dilema dos prisioneiros, as partes preferiram a deserção mútua à cooperação mútua, ou seja, a UE decidiu proibir a carne com hormônios e os EUA, retaliá-la. Por um lado, isso revela que a reciprocidade é um poderoso argumento, porém, mais de *realpolitik* do que de direito. Por outro, mostra que as punições retaliatórias foram demasiadamente brandas, insuficientes para garantir o cumprimento da decisão do OSC.⁸¹¹

Além disso, os efeitos deletérios das medidas retaliatórias, no caso, o aumento das tarifas de importação nos Estados retaliadores, significaram uma perda de bem-estar econômico, prejudicando tanto os exportadores europeus, quanto os consumidores norte-americanos, portanto, os EUA deram “um tiro no próprio pé”. Na definição da extensão da sanção imposta mediante a retaliação, uma análise de bem-estar produziu um menor grau de cumprimento do que produziria uma análise do fluxo de comércio entre os EUA e a UE. De qualquer maneira, o cumprimento europeu teria sido uma escolha ineficiente.⁸¹²

Mais do que o embate entre produtores e consumidores, o contencioso reflete o choque entre os custos e os benefícios de um mercado diferenciado e outro básico, em relação à proteção alimentar. Nessa batalha, a discussão sobre o acesso dos consumidores à informação parece mais importante do que aquela pertinente às barreiras técnicas.⁸¹³

⁸¹¹ Nesse sentido: ALEMANNO, Alberto. Judicial enforcement of the WTO hormones ruling within the European Community: toward EC liability for the non-implementation of WTO dispute settlement decisions? **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 2, 551. 2004; O'CONNOR, Bernard. Remedies in the world trade organization dispute settlement system: the bananas and hormones cases. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 2, p. 263 e 266. 2004; FORD, Rosemary A. The beef hormone dispute and carousel sanctions: a roundabout way of forcing compliance with world trade organization decisions. **Brooklyn Journal of International Law**, v. 27, n. 2, p. 562. 2002; LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments: retaliation under the WTO**. Washington, DC: Peterson Institute, 2003, p. 34; WÜGER, Daniel. The never ending story: the implementation phase in the dispute between the EC and the United States on hormone-treated beef. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 819. 2002.

⁸¹² Nesse sentido: BREUSS, Fritz. WTO dispute settlement: an economic analysis of four EU-US mini trade wars — a survey. **Journal of Industry, Competition and Trade, Bank Papers**, v. 4, n. 4, p. 287 - 288; BREUSS, Fritz. Economic integration, EU-US trade conflicts and WTO dispute settlement. **European Integration online Papers (EIoP)**, v. 9, n. 12, p. 09. 2005; BERNSTEIN, Jason; SKULLY, David. Calculating trade damages in the context of the world trade organization's dispute settlement process. **Review of Agricultural Economics**, v. 25, n. 2, p. 397. 2003; TRACHTMAN, Joel P. The WTO cathedral. **Stanford Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 132. 2007; BERMANN, Suzanne. EC-hormones and the case for an express WTO postretaliation procedure. **Columbia Law Review**, v. 107, n. 1, p. 142 e 148 - 150. 2007; WÜGER, Daniel. The never ending story: the implementation phase in the dispute between the EC and the United States on hormone-treated beef. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 821. 2002.

⁸¹³ JOSLING, Tim; ROBERTS, Donna; HASSAN, Ayesha. The beef-hormone dispute and its implications for trade policy. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242073421_The_Beef-Hormone_Dispute_and_its_Implications_for_Trade_Policy>. Acesso em: 13 jan. 2017.

O efeito da reputação é tanto maior, quanto mais ostensiva e menos interpretativa é a violação. No caso, confrontados com valores e políticas domésticas,⁸¹⁴ nem os EUA, nem a UE, tiveram de suportar altos custos reputacionais.⁸¹⁵

Curiosamente, o litígio maculou a reputação dos EUA como um Estado inclinado a dominar culturalmente os demais, o que revela serem os custos reputacionais, no melhor dos cenários, um ineficiente mecanismo de indução ao cumprimento do direito internacional, e no pior, uma ameaça à manutenção e ao desenvolvimento do sistema jurídico internacional.⁸¹⁶

Além disso, não apenas os Estados litigantes atuam de acordo com os seus interesses próprios, mas também os terceiros envolvidos. Isso faz com que a Austrália, grande exportadora de carne, apoie o descumprimento europeu da decisão do OSC no contencioso “Hormônios”.⁸¹⁷

As restrições ao livre comércio, no caso, a proibição europeia de importação de carne, por um lado, ficaram suscetíveis à pressão e à resistência pública de uma variedade de grupos de interesse domésticos, de fazendeiros⁸¹⁸ a consumidores, em virtude de questões comerciais e não comerciais. Por outro, dos grupos que se esperaria uma atuação contra o banimento da UE, por exemplo, os importadores europeus de carne bovina oriunda dos EUA, ao invés de pressionarem para que a proibição de importação fosse suspensa, abandonaram esse tipo de negócio ou deslocaram-se para outras fontes de abastecimento de carne, o que diluiu a oposição interna à medida europeia.⁸¹⁹

⁸¹⁴ Não há exemplo melhor de como um contencioso no âmbito da OMC pode atingir as políticas domésticas (RAUSTIALA, Kal. Sovereignty and multilateralism. **Chicago Journal of International Law**, v. 1, n. 2, p. 405. 2000).

⁸¹⁵ TRACHTMAN, Joel P. The WTO cathedral. **Stanford Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 143. 2007.

⁸¹⁶ PICKER, Colin B. Reputational fallacies in international law: a comparative review of United States and canadian trade actions. **Brooklyn Journal of International Law**, v. 30, n. 1, p. 76 e 94. 2004.

⁸¹⁷ LLOYD, Nicole C. Beef hormones foster animosity and not growth: an analysis of the World Trade Organization solving the United States' and European Communities beef hormone dispute. **Penn State International Law Review**, v. 25, n.2, p. 586 - 587. 2006.

⁸¹⁸ A título ilustrativo, a indústria de carne suína norte-americana exerceu forte *lobby* a favor das medidas retaliatórias, a fim de proteger o seu produto da concorrência europeia, o que levou à reação desses produtores da UE (ISLAM, M. Rafiqul. Recent UE trade sanctions on the US to induce compliance with the WTO ruling in the foreign sales corporations case: its policy contradiction revisited. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 3, p. 480. 2004).

⁸¹⁹ Nesse sentido: SIEN, Isis Amelia Rose. Beefing up the hormones dispute problems in compliance and viable compromise alternatives. **Georgetown Law Journal**, v. 95, n. 2, p. 589 - 590. 2007; PRINCEN, Sebastiaan. EC compliance with WTO law: the interplay of law and politics. **European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 566, 570 e 572 - 573. 2004; JOSLING, Tim; ROBERTS, Donna; HASSAN, Ayesha. The beef-hormone dispute and its implications for trade policy. Disponível em:

Há consideráveis diferenças internas, em termos políticos, administrativos e jurídicos, entre os EUA e a UE, responsáveis por padrões regionais diferentes, especificamente, distintos comportamentos em relação à proteção alimentar, em virtude, por exemplo, da complexidade do processo de tomada de decisões e da legislação europeia.⁸²⁰

As questões pertinentes à saúde e à segurança são as mais difíceis de serem ajustadas entre dois Estados democráticos. A resistência dos cidadãos europeus em consumir carnes com hormônios, ainda que isso se encaixe em padrões restritos de racionalidade, é um exercício legítimo de participação democrática, e as preferências do eleitorado influenciam as escolhas dos políticos europeus.⁸²¹

Contudo, a fim de manter a legitimidade do OSC, o órgão de apelação discorre sobre temas de sua competência dentro dos limites de seu mandato institucional, fundamentado nas normas da OMC. Dessa maneira, no conflito entre o direito “de dentro e de fora” da OMC, o órgão de apelação rechaçou a utilização do princípio da precaução — importante costume internacional, todavia, externo ao direito da OMC — em confronto com os dispositivos dos Acordos sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias.⁸²²

Desse modo, a retaliação é um mecanismo de indução ao cumprimento projetado para reverter as medidas comerciais protecionistas. No caso, a razão para as restrições impostas pela Europa não foi o protecionismo comercial,⁸²³ mas os receios dos consumidores europeus

<https://www.researchgate.net/publication/242073421_The_Beef-Hormone_Dispute_and_its_Implications_for_Trade_Policy>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸²⁰ Nesse sentido: RAGOSTA, John; JONEJA, Navin; ZELDOVICH, Mikhail. WTO dispute settlement: the system is flawed and must be fixed. **International Lawyer (ABA)**, v. 37, n. 3, p. 708, nota 39. 2003; SIEN, Isis Amelia Rose. Beefing up the hormones dispute problems in compliance and viable compromise alternatives. **Georgetown Law Journal**, v. 95, n. 2, p. 575. 2007; PERISIN, Tamara; BOBIC, Ana; JAKIR, Vanda. EU dispute settlements in the WTO: selected pending cases. **Croatian Yearbook of European Law & Policy**, v. 6, p. 347 - 348. 2010.

⁸²¹ Nesse sentido: GUZMAN, Andrew T.; SIMMONS, Beth A. To settle or empanel? an empirical analysis of litigation and settlement at the world trade organization. **Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 1, p. S205 - S236. 2002; JOSLING, Tim; ROBERTS, Donna; HASSAN, Ayesha. The beef-hormone dispute and its implications for trade policy. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242073421_The_Beef-Hormone_Dispute_and_its_Implications_for_Trade_Policy>. Acesso em: 13 jan. 2017; HEINZERLING, Lisa. Political science. **University of Chicago Law Review**, v. 62, n. 1, p. 471. 1995; ARMOND, Maureen De. Trade wars, tax disputes, and retaliatory sanctions: a growing threat to the evolving U.S.-EU relationship. **Transnational Law & Contemporary Problems**, v. 13, n. 1, p. 327. 2003.

⁸²² Nesse sentido: LANG, Andrew. Twenty years of the WTO appellate body's “fragmentation jurisprudence”. **Journal of International Trade Law and Policy**, v. 14, n. 3, p. 118 e 121 - 123, nota 25 e 125. 2015; SIEN, Isis Amelia Rose. Beefing up the hormones dispute problems in compliance and viable compromise alternatives. **Georgetown Law Journal**, v. 95, n. 2, p. 566. 2007.

⁸²³ Em sentido contrário, o contencioso “Hormônios” é motivado tanto pelo antigo protecionismo comercial europeu sobre a sua produção de carne, embora disfarçado, quanto pelos novos conflitos entre as culturas, os valores, as políticas e os mercados globais e domésticos (JOSLING, Tim; ROBERTS, Donna; HASSAN,

sobre os efeitos dos produtos para a saúde humana. Assim, num contencioso demasiadamente amplo e politicamente sensível, que envolve tanto um conjunto de valores normativos e objetivos da comunidade internacional, quanto crenças culturais tradicionais dos cidadãos europeus, a UE colocou a defesa soberana da segurança alimentar dos seus consumidores acima de todas as outras questões. Dessa forma, o litígio demonstra a inefetividade das medidas coercitivas da OMC para outros tipos de restrições comerciais que não protecionistas.⁸²⁴

Ademais, embora seja uma fonte de legitimidade, o relacionamento entre a ciência e a política é muito complexo. Por exemplo, as análises científicas auxiliam na consecução de metas de saúde pública, contudo, a definição dessas metas é feita a partir de valores políticos, econômicos e sociais. Especificamente sobre a questão em epígrafe, a ciência pode informar sobre os riscos do consumo de determinado produto, porém, não pode definir quais riscos a sociedade está disposta a aceitar.⁸²⁵

Diante disso, apesar das evidências científicas demonstrarem que os hormônios de crescimento não apresentam risco para a saúde humana, ao longo do tempo, observa-se o enfraquecimento da oposição à violação à decisão da OMC e o fortalecimento do apoio irracional⁸²⁶ (ou não científico) a ela, assim, tornou-se cada vez mais difícil suspender a proibição europeia de importação de carne depois que preocupações sobre os efeitos dos hormônios para a saúde humana foram levantadas.⁸²⁷ Destarte, mesmo sem base científica, o

Ayesha. The beef-hormone dispute and its implications for trade policy. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242073421_The_Beef-Hormone_Dispute_and_its_Implications_for_Trade_Policy>. Acesso em: 13 jan. 2017; FORD, Rosemary A. The beef hormone dispute and carousel sanctions: a roundabout way of forcing compliance with world trade organization decisions. **Brooklyn Journal of International Law**, v. 27, n. 2, p. 562. 2002).

⁸²⁴ Nesse sentido: NZELIBE, Jide. The credibility imperative: the political dynamics of retaliation in the world trade organization's dispute resolution mechanism. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 6, n. 1, p. 227 - 228. 2005; BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 168. 2001; MUELLER, Kristin. Hormonal imbalance: an analysis of the hormone treated beef trade dispute between the United States and the European Union. **Drake Journal of Agricultural Law**, v. 1, p. 107. 1996.

⁸²⁵ Nesse sentido: WIRTH, David A. The role of science in the Uruguay Round and NAFTA trade disciplines. **Cornell International Law Journal**, v. 27, p. 825. 1994; CHO, Sungjoon. Of the world trade court's burden. **European Journal of International Law**, v. 20, n. 3, p. 675 - 727, 2009; WÜGER, Daniel. The never ending story: the implementation phase in the dispute between the EC and the United States on hormone-treated beef. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 778. 2002.

⁸²⁶ Em sentido contrário, não podemos ignorar os medos e as ansiedades da sociedade que os tecnocratas chamam de irracionais (CHANG, Howard F. Risk regulation, endogenous public concerns, and the hormones dispute: nothing to fear but fear itself? **Southern California Law Review**, v. 77, p. 743. 2004).

⁸²⁷ Hoje há também uma crescente preocupação de grupos de interesse domésticos dos EUA, não menor do que aquela dos europeus, com as consequências do consumo de carnes enriquecidas com hormônios que podem vir a

medo dos consumidores europeus é real e a verdade não é percebida da mesma maneira nos dois lados do oceano Atlântico.⁸²⁸

Portanto, há outrossim acentuadas diferenças políticas, sociais e, principalmente, de mentalidade cultural, entre as empresas norte-americanas e os cidadãos europeus, que não podem ser desconsideradas nas decisões da OMC.⁸²⁹

A questão não é se a UE violou uma decisão adversa do OSC, pois quanto a isso não resta dúvida, mas se está preparada, e não apenas ela, para internalizar valores, políticas e normas da OMC em casos domesticamente sensíveis.⁸³⁰

Dessa maneira, no contencioso “Hormônios”, entre países desenvolvidos, a aplicação de medidas retaliatórias revelou-se ineficiente tanto do ponto de vista do bem-estar econômico, quanto do fluxo de comércio. Sequer custos reputacionais puderam ser tributados do descumprimento europeu, considerando a posição contrária à decisão do OSC, e exercida democraticamente, por parte de alguns grupos de interesse domésticos europeus, motivados por questões não comerciais e nacionalmente sensíveis, como a saúde humana e a proteção alimentar.

ser comprovadas cientificamente no futuro. Vale sempre lembrar que as análises científicas assumem a forma de paradigmas fadados a serem confrontados e substituídos por paradigmas concorrentes, portanto, jamais são portadoras de certezas definitivas (Nesse sentido: LLOYD, Nicole C. Beef hormones foster animosity and not growth: an analysis of the World Trade Organization solving the United States' and European Communities beef hormone dispute. **Penn State International Law Review**, v. 25, n.2, p. 583. 2006; JOSLING, Tim; ROBERTS, Donna; HASSAN, Ayesha. The beef-hormone dispute and its implications for trade policy. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242073421_The_Beef-Hormone_Dispute_and_its_Implications_for_Trade_Policy>. Acesso em: 13 jan. 2017; WIRTH, David A. The role of science in the Uruguay Round and NAFTA trade disciplines. **Cornell International Law Journal**, v. 27, p. 824. 1994).

⁸²⁸ Nesse sentido: PRINCEN, Sebastiaan. EC compliance with WTO law: the interplay of law and politics. **European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 566 e 572 - 573. 2004; JOSLING, Tim; ROBERTS, Donna; HASSAN, Ayesha. The beef-hormone dispute and its implications for trade policy. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242073421_The_Beef-Hormone_Dispute_and_its_Implications_for_Trade_Policy>. Acesso em: 13 jan. 2017; SIEN, Isis Amelia Rose. Beefing up the hormones dispute problems in compliance and viable compromise alternatives. **Georgetown Law Journal**, v. 95, n. 2, p. 567 - 575. 2007; CLARK, Hunter R.; BOGRAN, Amy; HANSON, Hayley. The WTO ruling on foreign sales corporations: costliest battle yet in an escalating trade war between the United States and the European Union. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, n. 2, p. 317. 2001.

⁸²⁹ Nesse sentido: ARMOND, Maureen De. Trade wars, tax disputes, and retaliatory sanctions: a growing threat to the evolving U.S.-EU relationship. **Transnational Law & Contemporary Problems**, v. 13, n. 1, p. 323. 2003; FORD, Rosemary A. The beef hormone dispute and carousel sanctions: a roundabout way of forcing compliance with world trade organization decisions. **Brooklyn Journal of International Law**, v. 27, n. 2, p. 572. 2002.

⁸³⁰ JOSLING, Tim; ROBERTS, Donna; HASSAN, Ayesha. The beef-hormone dispute and its implications for trade policy. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242073421_The_Beef-Hormone_Dispute_and_its_Implications_for_Trade_Policy>. Acesso em: 13 jan. 2017.

3.5.2 Comunidades Europeias – regime sobre a importação, venda e distribuição de bananas

O contencioso tornou-se mais importante para as discussões relativas ao cumprimento do direito da OMC do que àquelas pertinentes ao caso em si,⁸³¹ porquanto o conflito não foi adequadamente resolvido, destarte, o litígio contraria os registros de conformidade às decisões do OSC.⁸³² Se em alguma coisa a decisão foi efetiva, foi em trazer à tona o debate sobre se um sistema internacional de solução de controvérsias comerciais, marcadamente mais jurídico, facilita o cumprimento de suas decisões⁸³³ e, conseqüentemente, sobre a necessidade de mudança na OMC.⁸³⁴

⁸³¹ Em sentido contrário, o litígio não envolveu questões fundamentais para a relação transatlântica, conseqüentemente, não representou um significativo teste para o OSC/OMC (GASSAMA, Ibrahim J. *Good bananas, bad bananas: hard lessons from a soft war. Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, v. 104, p. 470. 2010).

⁸³² A morosidade ou incapacidade de acordo entre a UE, os EUA e o Equador não revelam a fraqueza do OSC, mas as dificuldades enfrentadas pela OMC, diante das quais ela não deve esmorecer (PALMER, Erin N. *The World Trade Organization slip up: a critique of the World Trade Organization's dispute settlement understanding through the European Union banana dispute. Tennessee Law Review*, v. 69, p. 481. 2002).

⁸³³ Em contraponto, embora a UE tenha procrastinado ao máximo o cumprimento da decisão adversa do OSC e os EUA tenham atuado em defesa dos interesses de uma empresa privada, o saldo do litígio “Bananas”, diferente do contencioso “Hormônios”, é positivo para o processo de integração europeia, para a parceria transatlântica e mesmo para a avaliação de eficiência da OMC, quando comparada ao GATT (Nesse sentido: READ, Robert. *The anatomy of the EU-US WTO banana trade dispute. The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, v. 2, n. 2, p. 279. 2001; CADOT, Olivier; WEBBER, Douglas. *Banana splits: policy process, particularistic interests, political capture, and money in transatlantic trade politics. Business and Politics*, v. 4, n. 1, p. 36. 2002; O’CONNOR, Bernard. *Remedies in the world trade organization dispute settlement system: the bananas and hormones cases. Journal of World Trade*, v. 38, n. 2, p. 251. 2004).

⁸³⁴ Nesse sentido: TAYLOR, C. O’Neal. *Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. Journal of International Law*, v. 28, n. 2, p. 349 - 350. 2007; JACKSON, John H. *The Role and Effectiveness of the WTO Dispute Settlement Mechanism*. In: COLLINS, Susan M.; RODRIK, Dani (Coords). *Brookings Trade Forum. Washington, DC: Brookings Institution Press*, 2000. p. 193; KUNZE, Katharina. *Solving EC-Bananas: the WTO dispute settlement mechanism and developing countries*. 2009. f. 16 e 36. Thesis for degree of Master of Law and Business, Bucerius Law School / Otto Beisheim School of Management, Hamburgo; KHANSARI, Azar M. *Searching for the perfect solution: international dispute resolution and the new world trade organization. Hastings International and Comparative Law Review*, v. 20, n. 1, p. 184. 1996; CHARNOVITZ, Steve. *Rethinking WTO trade sanctions. American Journal of International Law*, v. 95, n. 4, p. 797 e 808. 2001; MCGIVERN, Brendan P. *Seeking compliance with WTO rulings: theory, practice and alternatives. International Lawyer (ABA)*, v. 36, n. 1, p. 153. 2002; B., Simi T.; KAUSHIK, Atul. *The banana war at the GATT/WTO: what was the dispute? Trade Law Brief of the Centre for International Trade, Economics & Environment*, n. 1, p. 05. 2008; MULVENA, Michelle M. *Has the WTO gone bananas? how the banana dispute has tested the WTO dispute settlement mechanism. New England International and Comparative Law Annual*, v. 7, p. 191 - 192. 2001; BHALA, Raj. *The Bananas War. McGeorge Law Review*, v. 31, n. 4, p. 971. 2000.

Ainda que tenha havido avanços quando cotejado com o GATT,⁸³⁵ o contencioso “Bananas” mostra como ainda as preocupações soberanas dos Estados mais poderosos⁸³⁶ representam obstáculos ao cumprimento das decisões do OSC e como o regime de comércio internacional da OMC envolve mais questões políticas e econômicas do que as jurídicas,⁸³⁷ inclusive, com a prevalência dos valores políticos sobre os econômicos, no caso, a influência da herança colonial sobre os acordos comerciais, não obstante as vantagens econômicas do livre-comércio.⁸³⁸ No caso, a inefetividade da decisão do OSC reforça o seu caráter pró-países desenvolvidos,⁸³⁹ traduzido no poder de pressão da UE sobre a comunidade internacional em detrimento dos interesses dos países em desenvolvimento, ou pior, em benefício comercial de alguns desses países, ou seja, as primeiras ex-colônias da Europa, às custas de outros, embora todos necessitem de tratamento preferencial. Assim, para os países em desenvolvimento, o

⁸³⁵ No âmbito do GATT, as decisões dos dois contenciosos a respeito do conflito em tela foram simplesmente ignoradas pelos europeus (B., Simi T.; KAUSHIK, Atul. *The banana war at the GATT/WTO: what was the dispute?* **Trade Law Brief of the Centre for International Trade, Economics & Environment**, n. 1, p. 04. 2008).

⁸³⁶ Os Estados hegemônicos, que empenharam grandes esforços para a construção de um sistema de comércio internacional orientado pelo direito, são aqueles que, quando diametralmente confrontados em um litígio, ameaçam destruí-lo, mediante o descumprimento de suas decisões (Nesse sentido: BHALA, Raj. *The Bananas War*. **McGeorge Law Review**, v. 31, n. 4, p. 971. 2000; BRIMEYER, Benjamin L. *Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations*. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 134. 2001).

⁸³⁷ Para alguns autores, diante de uma multiplicidade de interesses em jogo, houve um simulacro de processo jurídico no contencioso “Bananas”, pois foi inadequada a participação dos EUA, o que teria gerado dúvidas sobre o papel desempenhado pelo OSC e teria criado uma sensação de desconfiança entre os Estados (Nesse sentido: GASSAMA, Ibrahim J. *Confronting globalization: lessons from the banana wars and the Seattle protests*. **Oregon Law Review**, v. 81, n. 3, p. 734. 2002; BUSTAMANTE, Rodrigo. *The need for a GATT doctrine of locus standi: why the United States cannot stand the European Community's banana import regime*. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 6, n. 2, p. 583. 1997).

⁸³⁸ As “bananas dollar” são mais baratas do que as “bananas ACP”, porque possuem um custo de produção 1/3 menor. Segundo um pensamento de livre-comércio, os Estados ACP não possuem vantagens comparativas na produção de banana, por consequência, não há razão para que se mantenham dependentes dessa indústria. Ademais, a política de comércio de banana representa um custo anual de 2 bilhões de dólares para os consumidores europeus e mesmo assim, não consegue atingir os fins para os quais foi criada, ou seja, beneficiar os plantadores de banana dos Estados africanos, caribenhos e do pacífico, ao contrário, eles são os maiores prejudicados, pois ficam com 150 milhões de dólares, enquanto os exportadores detêm o restante, ou seja, a maior parte do total. Portanto, os acordos entre UE e ACP produzem efeitos microeconômicos ineficientes e a liberalização do mercado mundial de banana seria a melhor decisão (Nesse sentido: BHALA, Raj. *The Bananas War*. **McGeorge Law Review**, v. 31, n. 4, p. 962 - 968. 2000; BUSTAMANTE, Rodrigo. *The need for a GATT doctrine of locus standi: why the United States cannot stand the European Community's banana import regime*. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 6, n. 2, p. 534. 1997; SPIEGEL, Jessica L. *Will the great banana war ever end: will the tariff only system be the solution*. **Boston College International and Comparative Law Review**, v. 24, n. 1, p. 229. 2000; GASSAMA, Ibrahim J. *Confronting globalization: lessons from the banana wars and the Seattle protests*. **Oregon Law Review**, v. 81, n. 3, p. 721 e 734. 2002; GASSAMA, Ibrahim J. *Good bananas, bad bananas: hard lessons from a soft war*. **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, v. 104, p. 71. 2010).

⁸³⁹ As sanções impostas pelos EUA foram suficientemente efetivas para produzirem o cumprimento europeu da decisão do OSC, não obstante a morosidade da UE (ISLAM, M. Rafiqul. *Recent UE trade sanctions on the US to induce compliance with the WTO ruling in the foreign sales corporations case: its policy contradiction revisited*. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 3, p. 477. 2004).

litígio ilustra como é mais importante ter do seu lado um parceiro comercial poderoso do que o direito.⁸⁴⁰

Ademais, o contencioso revelou um sistema multilateral de comércio internacional mais preocupado em proteger os interesses dos grandes operadores comerciais — como “Chiquita”, Associação da Indústria de Banana do Havaí e de vários importadores europeus de bananas — do que em compor interesses concorrentes e resolver uma distorção de comércio, resultante da concessão de preferência de acesso aos mercados europeus de importação de bananas, entre Estados em desenvolvimento, de um lado, os latino-americanos, de outro, os africanos, caribenhos e do pacífico.⁸⁴¹

Diferentemente dos EUA que, entre outros relevantes fatores, possuem várias demandas contra a UE na OMC, com destaque para o litígio “Hormônios”, o Equador, cujo mercado representa algo em torno de 0.07% do total das exportações europeias, nunca se sentiu em condição, tampouco encontrou maneiras realistas, de impor sanções à UE, uma vez que as contramedidas equatorianas — sejam elas retaliações, retaliações cruzadas, retaliações “carrossel” ou aumento gradual de tarifas —, não resultariam em pressão política e econômica forte o suficiente para alterar o regime europeu de importação de bananas, mesmo se o Equador suspendesse todas as importações europeias. Na verdade, para os países em desenvolvimento, quando prejudicados pela violação do direito da OMC por um país desenvolvido, a retaliação como mecanismo de indução ao cumprimento do direito da OMC

⁸⁴⁰ Nesse sentido: BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 167. 2001; KUNZE, Katharina. **Solving EC-Bananas: the WTO dispute settlement mechanism and developing countries**. 2009. f. 16 e 18. Thesis for degree of Master of Law and Business, Bucerius Law School / Otto Beisheim School of Management, Hamburgo; OLOFSON, Fredrik. **Trade gone bananas: a study of political control over trade**. f. 3, 5, 23 - 24 e 27 - 29. Thesis for degree of Master in of University of Gothenburg, Gothenburg; MCBRIDE, Thaddeus. **Rejuvenating the WTO: Why the U.S. must assist developing countries in trade disputes**. **International Legal Perspectives**, v. 11, n. 1, p. 84 - 85. 1999; KHANSARI, Azar M. Searching for the perfect solution: international dispute resolution and the new world trade organization. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 20, n. 1, p. 197. 1996; JANSEN, Kees. Banana wars and the multiplicity of conflicts in commodity chains. **European Review of Latin American and Caribbean Studies**, v. 81, out. p. 107. 2006; B., Simi T.; KAUSHIK, Atul. The banana war at the GATT/WTO: what was the dispute? **Trade Law Brief of the Centre for International Trade, Economics & Environment**, n. 1, p. 04. 2008; IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 618 e 636. 2002; KHANSARI, Azar M. Searching for the perfect solution: international dispute resolution and the new world trade organization. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 20, n. 1, p. 203. 1996; GASSAMA, Ibrahim J. Confronting globalization: lessons from the banana wars and the Seattle protests. **Oregon Law Review**, v. 81, n. 3, p. 722. 2002.

⁸⁴¹ Nesse sentido: FOOTER, M. E. Developing country practice in the matter of WTO dispute settlement. **Journal of World Trade**, v. 35, n.1, p. 91 - 92. 2001; GASSAMA, Ibrahim J. Confronting globalization: lessons from the banana wars and the Seattle protests. **Oregon Law Review**, v. 81, n. 3, p. 722. 2002.

não é uma opção real, ao contrário, não passa de uma ilusão, porque é pequena ou nula a possibilidade de uma economia de menor escala, a exemplo da equatoriana, ver um dano sofrido ser revertido, compensado ou mesmo evitado. Ademais, a aplicação de sanções equatorianas contra a Europa seria prejudicial à economia do Estado latino-americano, ou seja, a vitória jurídica torna-se na prática uma derrota econômica. E, ainda, há o temor de uma reação negativa à aplicação das contramedidas. Portanto, o processo de implementação das decisões do OSC marginaliza os países em desenvolvimento dependentes dos mercados de importação das economias desenvolvidas,⁸⁴² como acontece no caso em tela com o Equador, e desvela as falhas de um sistema jurídico de comércio internacional incapaz de atender às necessidades dos mais fracos.⁸⁴³

O contencioso “Bananas” é uma ilustração perfeita de como um litígio pode tornar ineficiente o mecanismo de solução de conflitos da OMC, quando não se atinge o nível adequado de sanção, principalmente, quando a violação é cometida por um país desenvolvido. A morosidade e os custos podem superar os potenciais benefícios, até mesmo no caso de implementação de uma decisão favorável, processo longo, complexo e caro, mormente, para um país em desenvolvimento.⁸⁴⁴

⁸⁴² Em sentido contrário, as dificuldades de um país em desenvolvimento de retaliar um país desenvolvido, como as do Equador contra a Europa no litígio “Bananas”, não podem ser reproduzidas para todos os países em desenvolvimento e todos os contenciosos no âmbito da OMC (NZELIBE, Jide. The credibility imperative: the political dynamics of retaliation in the world trade organization's dispute resolution mechanism. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 6, n. 1, p. 239. 2005).

⁸⁴³ Nesse sentido: TAYLOR, C. O’Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 336, nota 121 e 354. 2007; MAVROIDIS, Petros C. Remedies in the WTO legal system: between a rock and a hard place. **European Journal of International Law**, v. 11, n. 4, p. 808. 2000; BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth van den. Financial compensation in the WTO: improving the remedies of the WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 1, p. 105. 2005; ALI, Asim Imdad. Non-compliance and ultimate remedies under the WTO dispute settlement system. **Journal of Public and International Affairs**, v. 14, p. 11. 2003; NGANGJOH, Yenkon; RIOS-HERRAN, Roberto. WTO dispute settlement system and the issue of compliance: multilateralizing the enforcement mechanism. **Manchester Journal of International Economic Law**, v. 1, n. 3, p. 18, nota 13. 2004; FOOTER, M. E. Developing country practice in the matter of WTO dispute settlement. **Journal of World Trade**, v. 35, n.1, p. 94. 2001; KUNZE, Katharina. **Solving EC-Bananas: the WTO dispute settlement mechanism and developing countries**. 2009. f. 14 - 15, 21, 30, 32 e 34 - 35. Thesis for degree of Master of Law and Business, Bucerius Law School / Otto Beisheim School of Management, Hamburgo; MELO, Jaime de. Bananas, the GATT, the WTO and US and EU domestic politics. **Fondation pour les Études et Recherches sur le Développement International Working Paper** n. 54, p. 13. 2012; IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 640 - 641. 2002; ISLAM, M. Rafiqul. Recent UE trade sanctions on the US to induce compliance with the WTO ruling in the foreign sales corporations case: its policy contradiction revisited. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 3, p. 476. 2004; O’CONNOR, Bernard. Remedies in the world trade organization dispute settlement system: the bananas and hormones cases. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 2. p. 260. 2004.

⁸⁴⁴ Nesse sentido: BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth van den. Financial compensation in the WTO: improving the remedies of the WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 1, p.

Em outras palavras, um Estado pode preferir sofrer sanções a cumprir a decisão do OSC. O interesse da UE em cumprir as decisões do OSC, a fim de fortalecer um sistema jurídico de comércio internacional e manter a sua boa imagem internacional, não foi suficiente para induzir o cumprimento da decisão do litígio “Bananas”. Contudo, o comportamento europeu não significa um descaso em relação às consequências reputacionais do descumprimento dos compromissos internacionalmente assumidos. Paradoxalmente, a recalcitrância da UE resultou da preocupação com a sua reputação de cumpridor dos acordos celebrados com os Estados ACP. Dessa maneira, não foi a indiferença, mas as preocupações reputacionais concorrentes que nortearam a decisão europeia.⁸⁴⁵

O contencioso “Bananas”, distinto de outros conflitos comerciais transatlânticos, trata-se do antagonismo entre a política doméstica da UE e dos EUA, traduzido em atos administrativos e legais, norteados por interesses comerciais de grupos particulares de cada lado,⁸⁴⁶ em detrimento de políticas de comércio internacional calcadas em estruturas de incentivo e na busca da concretização de preferências coletivas, todavia dispersas, a exemplo dos consumidores europeus. De um lado, o regime comum europeu de comércio de banana, consoante uma política comercial agrícola nacionalista e protecionista, motivado menos por um escopo de coordenação política supranacional e mais pelas preferências de Estados produtores (ACP) e pelos interesses de companhias, como a distribuidora irlandesa de bananas Fyffes Plc, especialmente no Reino Unido e na França, vocalizados por ministros da UE. De outro, a retomada das prerrogativas constitucionais do congresso norte-americano sobre a política comercial externa devido menos a interesses econômicos nacionais e mais

106. 2005; O’CONNOR, Bernard. Remedies in the world trade organization dispute settlement system: the bananas and hormones cases. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 2. p. 263 e 266. 2004; IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 640. 2002; MULVENA, Michelle M. Has the WTO gone bananas? how the banana dispute has tested the WTO dispute settlement mechanism. **New England International and Comparative Law Annual**, v. 7, p. 189 - 190. 2001.

⁸⁴⁵ Nesse sentido: BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 161. 2001; PALMER, Erin N. The world trade organization slip up: a critique of the World Trade Organization's dispute settlement understanding through the European Union banana dispute. **Tennessee Law Review**, v. 69, p. 482 - 483. 2002; KUNZE, Katharina. **Solving EC-Bananas: the WTO dispute settlement mechanism and developing countries**. 2009. f. 30. Thesis for degree of Master of Law and Business, Bucerius Law School / Otto Beisheim School of Management, Hamburgo; COLARES, Juscelino F. The limits of WTO adjudication: is compliance the problem? **Journal of International Economic Law**, v. 14, n. 2, p. 428. 2011.

⁸⁴⁶ Por exemplo, a redução das vendas impacta o emprego gerado pelos distribuidores de bananas dentro dos EUA e, consequentemente, a postura do eleitorado norte-americano (MULVENA, Michelle M. Has the WTO gone bananas? how the banana dispute has tested the WTO dispute settlement mechanism. **New England International and Comparative Law Annual**, v. 7, p. 190. 2001).

pela institucionalização do acesso das empresas ao departamento de política comercial dos EUA (USTR) e as substanciais doações financeiras das empresas para os fundos de campanha eleitoral,⁸⁴⁷ com destaque para “Chiquita” (principalmente) e “Dole”.⁸⁴⁸

Esse último fator, a ação política de empresas,⁸⁴⁹ foi, sobremaneira, crucial para o desfecho da contenda, pois, embora não exportem bananas, os EUA foram os requerentes do caso devido à pressão de grandes⁸⁵⁰ empresas multinacionais, as já mencionadas “Chiquita” e “Dole”, com uma vasta rede de contatos políticos dentro dos EUA, vultosos investimentos na produção de banana na América Latina — na esperança de que os mercados europeus seriam abertos — e um grande número de advogados particulares.⁸⁵¹

⁸⁴⁷ Sem indústria de banana em seu território e com poucos empregos norte-americanos em risco, a obstinação dos EUA só se explica pela defesa de uma empresa que colabora, substancialmente, para os cofres dos dois principais partidos políticos norte-americanos (GASSAMA, Ibrahim J. Confronting globalization: lessons from the banana wars and the Seattle protests. **Oregon Law Review**, v. 81, n. 3, p. 729. 2002; GASSAMA, Ibrahim J. Good bananas, bad bananas: hard lessons from a soft war. **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, v. 104, p. 470. 2010).

⁸⁴⁸ Nesse sentido: CADOT, Olivier; WEBBER, Douglas. Banana splits: policy process, particularistic interests, political capture, and money in transatlantic trade politics. **Business and Politics**, v. 4, n. 1, p. 07 - 08, 16, 20 - 23 e 35. 2002; MELO, Jaime de. Bananas, the GATT, the WTO and US and EU domestic politics. **Fondation pour les Études et Recherches sur le Développement International Working Paper** n. 54, p. 04. 2012; READ, Robert. The anatomy of the EU-US WTO banana trade dispute. **The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy**, v. 2, n. 2, p. 257 - 258. 2001; KUNZE, Katharina. **Solving EC-Bananas: the WTO dispute settlement mechanism and developing countries**. 2009. f. 33. Thesis for degree of Master of Law and Business, Bucerius Law School / Otto Beisheim School of Management, Hamburgo; BHALA, Raj. The Bananas War. **McGeorge Law Review**, v. 31, n. 4, p. 968 - 970. 2000; GASSAMA, Ibrahim J. Good bananas, bad bananas: hard lessons from a soft war. **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, v. 104, p. 470. 2010.

⁸⁴⁹ O episódio mostra que no lugar de uma política comercial, o que os EUA verdadeiramente possuem são clientes (BHALA, Raj. The Bananas War. **McGeorge Law Review**, v. 31, n. 4, p. 969. 2000).

⁸⁵⁰ Essas duas empresas detêm 2/3 do comércio mundial de banana e 42% do mercado europeu, enquanto as bananas produzidos nos Estados ACP contam apenas com 19%, as caribenhas, em particular, com somente 7% deste mercado e 3% do mercado mundial. A título ilustrativo, em 1992, somados, o PIB de República Dominicana, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas chegam a menos de 1 bilhão de dólares, o que representa 1/4 da renda anual bruta da empresa Chiquita (BHALA, Raj. The Bananas War. **McGeorge Law Review**, v. 31, n. 4, p. 969 - 970. 2000).

⁸⁵¹ Nesse sentido: JANSEN, Kees. Banana wars and the multiplicity of conflicts in commodity chains. **European Review of Latin American and Caribbean Studies**, v. 81, out. p. 107. 2006; SHAFFER, Gregory; ELSIG, Manfred; PUIG, Sergio. The extensive (but fragile) authority of the WTO appellate body. **Law and Contemporary Problems**, vol. 79, n. 1, p. 251. 2016; TAYLOR, C. O’Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 348. 2007; KUNZE, Katharina. **Solving EC-Bananas: the WTO dispute settlement mechanism and developing countries**. 2009. f. 15. Thesis for degree of Master of Law and Business, Bucerius Law School / Otto Beisheim School of Management, Hamburgo; PATTERSON, Eliza. The US-EU banana dispute. **American Society of International Law Proceedings**, v. 6, n. 4, p. 02. 2001.

Por outro ângulo, a decisão da UE primou pelos antecedentes políticos e culturais europeus com suas primeiras colônias, bem como pela história compartilhada entre eles, em detrimento dos eventuais custos e prejuízos econômico-comerciais.⁸⁵²

Ademais, uma decisão percebida como ilegítima torna o descumprimento estatal uma “opção aceitável”. Assim, uma das explicações sobre o descumprimento da decisão do OSC no contencioso “Bananas” repousa na relação entre o “significado” e a “estrutura”, a partir da dicotomia do debate entre “comércio justo” e “comércio livre”, no momento em que elites e ativistas globais constroem, ideologicamente, o sentido de “comércio”, tendo o conceito de “justiça” como um de seus elementos, a fim de substituir consolidadas estruturas, como a de “comércio livre”.⁸⁵³

Todavia, no caso em epígrafe, os processos discursivos, a exemplo de audiências públicas no âmbito da OMC, alertariam os cidadãos europeus não apenas sobre o impacto do descumprimento das decisões OSC para a OMC, mas para o ônus que eles mesmos suportam em seus cotidianos, contribuindo para a reversão lenta e gradual das medidas violadoras tomadas pelos Estados.⁸⁵⁴

Destarte, o litígio “Bananas”, em outro embate entre Estados fortes, é um excelente exemplo de como os interesses políticos prevalecem sobre os mecanismos, em tese, juridicamente vinculantes e obrigatórios de cumprimento do direito da OMC e, até mesmo, sobre a lógica econômica. A manutenção de antigas estruturas coloniais é uma opção ineficiente, todavia, da qual a UE não abdica, em clara demonstração do predomínio dos valores políticos. Além disso, a partir de um equilíbrio entre custos e benefícios, o contencioso ilustra como a medida coercitiva da retaliação aplicada por um Estado fraco é incapaz de induzir o cumprimento de uma decisão adversa do OSC por um Estado forte, quando os interesses (inclusive de empresas privadas) de outro Estado forte não estão envolvidos e os custos reputacionais para o Estado transgressor são concorrentes e anulam,

⁸⁵² OLOFSON, Fredrik. **Trade gone bananas: a study of political control over trade**. f. 23. Thesis for degree of Master in of University of Gothenburg, Gothenburg.

⁸⁵³ Nesse sentido: BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 167. 2001; FRUNDT, H. J. Toward a hegemonic resolution in the banana trade. **International Political Science Review**, v. 26, p. 215 - 237. 2005.

⁸⁵⁴ Nesse sentido: CHARNOVITZ, Steve. The WTO's problematic “last resort” against noncompliance. **Aussenwirtschaft**, v. 57, n. 4, p. 428. 2002; PALMER, Erin N. The world trade organization slip up: a critique of the World Trade Organization's dispute settlement understanding through the European Union banana dispute. **Tennessee Law Review**, v. 69, p. 483. 2002.

entre si, os efeitos produzidos pelo descumprimento da decisão. Assim, embora não tenham impedido a solução, os fatores histórico-culturais influenciaram a morosidade do deslinde jurídico do conflito.

3.5.3 Estados Unidos - tratamento tributário de “venda de corporações estrangeiras”

Trata-se de um caso de difícil indução ao cumprimento da decisão do OSC, revelador dos limites do regime jurídico da OMC diante do valor arbitrado e da carência de fontes normativas,⁸⁵⁵ jurisprudenciais⁸⁵⁶ e doutrinárias a respeito das questões tributárias, capaz de promover manobras legislativas, ao invés de efetivas e diligentes mudanças na legislação doméstica dos EUA, não obstante seja capaz de comprometer todo o sistema de comércio internacional, considerando que cada Estado-membro da OMC possui um sistema tributário diferente.⁸⁵⁷

⁸⁵⁵ A OMC nunca teve a intenção de estabelecer normas tributárias, ao contrário, concede a cada Estado a liberdade de definir objetivos, níveis, princípios e métodos de um sistema fiscal interno de bens e serviços, que compatibilize os seus interesses de arrecadação, por um lado, com os de inserção internacional de suas empresas, por outro (CARMICHAEL, Candace. Foreign sales corporations: subsidies, sanctions, and trade wars. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 35, n. 1, p. 164. 2002).

⁸⁵⁶ Até então, a OMC não havia (e nem o seu antecessor, o GATT) analisado uma questão pertinente ao direito tributário de um de seus membros. Dessa maneira, com uma jurisprudência inexistente sobre o assunto, no contencioso “FSC”, a estrutura jurídica da OMC foi além do que deveria ir e, entretanto, falhou no seu desafio (Nesse sentido: PECKRON, Harold S. Uniform rules of engagement: the new tax regime for foreign sales. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 25, n. 1, p. 39 - 40. 2001; HUFBAUER, Gary Clyde. The foreign sales corporation drama: reaching the last act? **International Economic Policy Brief**, Number PB 02-10, p. 11. 2002; SHEPPARD, Hale E. Rethinking tax-based export incentives: converting repeated defeats before the WTO into positive tax policy. **Texas International Law Journal**, v. 39, p. 140. 2003; COMMINS, Ashley Redd. World trade organization's decision in United States - tax treatment for foreign sales corporations: round three in the transatlantic tax dispute. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. 27, n. 2, p. 383. 2001). Em sentido contrário, apesar dos membros do órgão de apelação não serem especialistas em tributação internacional, a exemplo do que ocorre nos sistemas judiciais nacionais, cabe às partes instruí-los (GREEN, Robert A. Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes. **Yale Journal of International Law**, v. 23, n. 1, p. 90 e 123. 1998).

⁸⁵⁷ Nesse sentido: JACKSON, John H. The role and effectiveness of the WTO dispute settlement mechanism. In: COLLINS, Susan M.; RODRIK, Dani (Coords). **Brookings Trade Forum. Washington, DC**: Brookings Institution Press, 2000. p. 193; TAYLOR, C. O’Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 414. 2007; BRAUNER, Yariv. International trade and tax agreements may be coordinated, but not reconciled. **Virginia Tax Review**, v. 25, p. 303 - 305. 2005; LEAH, Levy. International trade law - original DSB rulings apply to subsequent remedial measures - action by dispute settlement body, United States - tax treatment for foreign sales corporations, second recourse to article 21.5 of the DSU by the European Communities. **Suffolk Transnational Law Review**, v. 31, n. 1, p. 201. 2007; KLANCHNIK, Colleen. United States-European Union dispute on foreign source income, export activity, and the Extraterritorial Income Exclusion Act. **Hofstra Law Review**, v. 33, n. 1, p. 362 e 365. 2004.

O comportamento dos Estados nas relações internacionais é motivado por fatores políticos e econômicos, internos e externos. O contencioso demonstra o inegável e enorme poder econômico de poucas e grandes multinacionais,⁸⁵⁸ porquanto a razão do litígio “FSC” são os seus ganhos financeiros.⁸⁵⁹

Além disso, poucas questões são mais íntimas da soberania do que as tributárias, ou seja, a competência estatal de regulamentar o sistema de tarifação da atividade econômica, superior à capacidade de quaisquer outros Estados ou organizações internacionais. Dessa forma, apesar da importância das relações com os parceiros comerciais e do funcionamento efetivo de instituições internacionais multilaterais, os EUA, em posição de poder sobre os demais, defendem a sua própria soberania, consequentemente, protegendo as suas estruturas tributárias. Todavia, quando há implicações para o comércio internacional, as obrigações da OMC imiscuem-se nessa capacidade⁸⁶⁰ e autorizam a adjudicação do conflito pelo OSC, não

⁸⁵⁸ Entendidas como aquelas que possuem mais de 500 empregados. Em 1997, elas representavam 3% dos exportadores norte-americanos, porém, 70% de todas as exportações dos EUA. As 50 maiores empresas, a exemplo de Microsoft, General Motors, Boeing, General Electric, 3M, Motorola, Walt Disney, Exxon Mobil, Eastman Kodak, Cargill, Duke Energy Corporation, Eli Lilly, Lockheed Martin, Caterpillar, Allied Signal e Cisco; obtiveram 86.8% de todas as isenções tributárias auferidas (mais de 10% desse total apenas para a Boeing, entre 1991 e 1998) e, portanto, conseguiram, assim, vantagens competitivas em relação aos seus concorrentes internacionais. Por exemplo, de 1991 a 1998, os valores chegaram a 746 e 378 milhões de dólares para a General Electric e a Motorola, respectivamente. Somente em 1998 e 2000, a Boeing economizou, respectivamente, 130 e 291 milhões de dólares (Nesse sentido: COMMINS, Ashley Redd. World trade organization's decision in United States - tax treatment for foreign sales corporations: round three in the transatlantic tax dispute. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. 27, n. 2, p. 366 e 387, nota 151. 2001; ARMOND, Maureen De. Trade wars, tax disputes, and retaliatory sanctions: a growing threat to the evolving U.S.-EU relationship. **Transnational Law & Contemporary Problems**, v. 13, n. 1, p. 330, nota 142. 2003; CARMICHAEL, Candace. Foreign sales corporations: subsidies, sanctions, and trade wars. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 35, n. 1, p. 162. 2002; SMITH, Stuart. Fishing for rainbows, the FSC repeal and extraterritorial income exclusion act. **San Diego International Law Journal**, v. 5, p. 520 - 521 e nota 79. 2004).

⁸⁵⁹ MINELLA, Nicholas J. Motives and consequences of the FSC dispute: recent salvo in a long standing trade war or fashioning a bargaining chip? **Brooklyn Journal of International Economic Law**, v. 27, n. 3, p. 1070, 1088 e 1091. 2002.

⁸⁶⁰ A OMC reconhece a autonomia estatal, por consequência, não impõe aos Estados determinado regime tributário, apenas espera que cumpram com suas obrigações comerciais internacionais. Nessa medida, a soberania fiscal dos Estados é limitada pela agenda de liberalização comercial da OMC, por exemplo, os aspectos da tributação internacional relacionados ao comércio. Particularmente, são proibidos pela OMC aqueles que impliquem tratamentos discriminatórios, subsídios e obstáculos ao livre fluxo de bens e serviços (Nesse sentido: COMMINS, Ashley Redd. World trade organization's decision in United States - tax treatment for foreign sales corporations: round three in the transatlantic tax dispute. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. 27, n. 2, p. 383. 2001; QURESHI, Asif H.; GRYNBERG, Roman. United States tax subsidies under domestic international sales corporation, foreign sales corporation and extraterritorial income exclusion act legislation within the framework of the World Trade Organization. **Journal of World Trade**, v. 36, n. 5, p. 988. 2002).

sem a objeção dos Estados requeridos,⁸⁶¹ em um momento em que se sentem cada vez mais ameaçados pela relativização do conceito de soberania.⁸⁶²

Em termos de aquisição de mercados internacionais, consoante os interesses das grandes multinacionais envolvidas, os ganhos da concessão de subsídios à exportação permitidos por uma legislação tributária nacional superam os eventuais prejuízos de uma sentença adversa do OSC.⁸⁶³ Ademais, o legalismo do sistema multilateral de comércio da OMC permitiu a UE retaliar os EUA, contudo, o tamanho da retaliação autorizada gerou um problema também para a UE, devido ao nível de integração do comércio, inclusive entre empresas, e dos investimentos europeus e norte-americanos. Destarte, as contramedidas revelaram-se um mecanismo coercitivo tão oneroso para ambas as partes (bem como para todo o sistema de comércio mundial) que tornaram mais viável um acordo sem o cumprimento da decisão do OSC, em claro exemplo de falta de eficiência e de celeridade do regime jurídico da OMC.⁸⁶⁴

⁸⁶¹ E até mesmo de alguns autores, para os quais a decisão da OMC obriga os EUA a adotarem um novo sistema tributário, portanto, desrespeita a soberania estatal (Nesse sentido: PERKINS, Nancy L. Introductory note to the WTO appellate body's foreign sales corporations (FSC) decision. **International Legal Materials**, v. 39, n. 3, p. 714. 2000; GREEN, Robert A. Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes. **Yale Journal of International Law**, v. 23, n. 1, p. 102. 1998).

⁸⁶² Nesse sentido: TAYLOR, C. O'Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 407. 2007; DALY, Michael. Some taxing issues for the World Trade Organization. **Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne**, v. 48, n. 4, p. 1077. 2000; BRAUNER, Yariv. International trade and tax agreements may be coordinated, but not reconciled. **Virginia Tax Review**, v. 25, p. 302 e 309. 2005; KHACHATURIAN, Alex. Reforming the United States export tax policy: an alternative to the american trade war with the European Union. **University of California Davis Journal of International Law & Policy**, v. 14, n. 2, p. 194 e 202. 2008; MCDANIEL, Paul R. Trade agreements and income taxation: interactions, conflicts, and resolutions. **Boston College Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, n. 29, p. 33. 2004; KLANCHNIK, Colleen. United States-European Union dispute on foreign source income, export activity, and the Extraterritorial Income Exclusion Act. **Hofstra Law Review**, v. 33, n. 1, p. 334. 2004; CLARK, Hunter R.; BOGRAN, Amy; HANSON, Hayley. The WTO ruling on foreign sales corporations: costliest battle yet in an escalating trade war between the United States and the European Union. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, n. 2, p. 317. 2001.

⁸⁶³ Em contraponto, além de afastar a aplicação de contramedidas europeias, o cumprimento da decisão do OSC respeita as noções de livre comércio, de acordo com a mais consolidada teoria econômica, portanto, é mais vantajoso para os interesses de longo prazo da economia e da sociedade norte-americanas do que a implementação de ineficientes subsídios à exportação, que distorcem a competitividade das indústrias dos EUA (Nesse sentido: SHEPPARD, Hale E. Rethinking tax-based export incentives: converting repeated defeats before the WTO into positive tax policy. **Texas International Law Journal**, v. 39, p. 112, 132 - 133, 138 - 139. 2003; MCDANIEL, Paul R. Trade agreements and income taxation: interactions, conflicts, and resolutions. **Boston College Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, n. 29, p. 31. 2004; CLARK, Hunter R.; BOGRAN, Amy; HANSON, Hayley. The WTO ruling on foreign sales corporations: costliest battle yet in an escalating trade war between the United States and the European Union. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, n. 2, p. 319. 2001).

⁸⁶⁴ Nesse sentido: ARMOND, Maureen De. Trade wars, tax disputes, and retaliatory sanctions: a growing threat to the evolving U.S.-EU relationship. **Transnational Law & Contemporary Problems**, v. 13, n. 1, p. 311 e 318. 2003; BUSCH, Marc L.; REINHARDT, Eric. Transatlantic trade conflicts and GATT/WTO dispute

O contencioso “FSC” diz respeito a um conflito entre empresas concorrentes no mercado global, porém, encampado por Estados-membros da OMC.⁸⁶⁵ Mais do que uma contenda interestatal sobre práticas desleais de comércio internacional, mediante tarifas protecionistas, o contencioso envolve a dificuldade de compatibilizar o sistema tributário norte-americano com o europeu, e a crescente competição com os países em desenvolvimento. Além dos problemas de harmonização dos sistemas tributários domésticos, no caso o dos EUA, com o direito da OMC, há, especificamente, forte influência de grandes multinacionais sobre os políticos,⁸⁶⁶ por meio de *lobbies* e doações de campanha eleitoral, capaz de pressioná-los pela manutenção dos seus benefícios.⁸⁶⁷

E, ainda, a aplicação de retaliações comerciais contra violações de obrigações tributárias é, geralmente, concebida como ilegítima. Desse modo, a resistência dos membros do Congresso norte-americano em aceitar as decisões comerciais internacionais por quase quatro décadas não teria sido possível caso o descumprimento não fosse percebido pelos EUA como legítimo, ou seja, se não estivesse assentado em “valores profundamente arraigados na sociedade norte-americana”, quais sejam, a tradição dos EUA de estímulo fiscal às

settlement. In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich; POLLACK, Mark A. (Coords.) **Transatlantic economic disputes: the EU, the US and the WTO**. New York: Oxford University Press, 2003. p. 477; TAYLOR, C. O’Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 414. 2007; MINELLA, Nicholas J. Motives and consequences of the FSC dispute: recent salvo in a long standing trade war or fashioning a bargaining chip? **Brooklyn Journal of International Economic Law**, v. 27, n. 3, p. 1067. 2002; ALTHUNAYAN, T. **Dealing with the fragmented international legal environment: WTO, international tax and internal tax regulations**. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 2010, p. 37 e 39; SHEPPARD, Hale E. Rethinking tax-based export incentives: converting repeated defeats before the WTO into positive tax policy. **Texas International Law Journal**, v. 39, p. 127. 2003.

⁸⁶⁵ Ironicamente, numa época de ampla dominação intelectual do pensamento liberal na economia, estabeleceu-se um sistema de solução de conflitos comerciais internacionais altamente mercantilista e dirigista, com a participação exclusiva dos Estados (QURESHI, Asif H.; GRYNBERG, Roman. United States tax subsidies under domestic international sales corporation, foreign sales corporation and extraterritorial income exclusion act legislation within the framework of the World Trade Organization. **Journal of World Trade**, v. 36, n. 5. p. 992. 2002).

⁸⁶⁶ Os interesses concentrados dos produtores são mais fáceis de serem organizados e, por consequência, politicamente mais fortes do que os interesses difusos dos consumidores (SMITH, Stuart. Fishing for rainbows, the FSC repeal and extraterritorial income exclusion act. **San Diego International Law Journal**, v. 5, p. 541. 2004; MOVSESIAN, Mark L. Enforcement of WTO rulings: an interest group analysis. **Hofstra Law Review**, v. 32, n. 1, p. 06. 2003).

⁸⁶⁷ Nesse sentido: MINELLA, Nicholas J. Motives and consequences of the FSC dispute: recent salvo in a long standing trade war or fashioning a bargaining chip? **Brooklyn Journal of International Economic Law**, v. 27, n. 3, p. 1066 - 1067, 1090 - 1091, 1097, 1099 e 1102. 2002; BRAUNER, Yariv. International trade and tax agreements may be coordinated, but not reconciled. **Virginia Tax Review**, v. 25, p. 253. 2005; SEINER, John. Beating them at their own game: a solution to the U.S. foreign sales corporation crisis. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 11, n. 2, p. 415 - 416. 2002; KHACHATURIAN, Alex. Reforming the United States export tax policy: an alternative to the american trade war with the European Union. **University of California Davis Journal of International Law & Policy**, v. 14, n. 2, p. 195. 2008; SHEPPARD, Hale E. Rethinking tax-based export incentives: converting repeated defeats before the WTO into positive tax policy. **Texas International Law Journal**, v. 39, p. 139. 2003.

exportações, o que torna muito difícil abdicar de uma política fiscal adotada ao longo de toda a história norte-americana.⁸⁶⁸

Nesse diapasão, o litígio “FSC” envolve Estados poderosos a serviço, na OMC, dos interesses financeiros de grandes multinacionais, com grande poder de barganha sobre os sistemas políticos domésticos, a partir de um conflito entre legislações tributárias nacionais distintas, expressão de valores historicamente construídos e internamente interpretados como legítimos. Portanto, trata-se de outro tema extremamente sensível à soberania estatal, cuja capacidade de defesa denota as profundas assimetrias de poder nas relações internacionais, apesar dos danos socioeconômicos para o próprio Estado violador do direito da OMC. Os substanciais valores arbitrados, antes de promover, praticamente inviabilizaram o cumprimento da decisão do OSC, ao onerar ambas as partes, tornando inócuo o regime jurídico de comércio internacional.

3.5.4 Estados Unidos – lei de compensação por continuação do dumping ou manutenção das subvenções de 2000

Trata-se do derradeiro caso, até os dias de hoje, de descumprimento de decisão do OSC, em que pese a imposição de substanciais sanções, o que de uma maneira mais ampla revela que os remédios jurídicos da OMC são inefetivos ou contraprodutivos (até mesmo autodestrutivos), no intuito de afastar os subsídios das relações comerciais internacionais.⁸⁶⁹

⁸⁶⁸ Nesse sentido: GREEN, Robert A. Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes. **Yale Journal of International Law**, v. 23, n. 1, p. 123 - 124. 1998; SHOWALTER, J. Michael. A cruel trilemma: the flawed political economy of remedies to WTO subsidies disputes. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 37, n. 2, p. 605. 2004; ALTHUNAYAN, T. **Dealing with the fragmented international legal environment: WTO, international tax and internal tax regulations**. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 2010, p. 37; SHEPPARD, Hale E. Rethinking tax-based export incentives: converting repeated defeats before the WTO into positive tax policy. **Texas International Law Journal**, v. 39, p. 123 e 140. 2003.

⁸⁶⁹ Nesse sentido: SPAMANN, Holger. The myth of “rebalancing” retaliation in WTO dispute settlement practice. **Journal of International Economic Law**, v. 9, p. 78, nota 221. 2006; MOVSESIAN, Mark L. International decision: United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000. **The American Journal of International Law**, v. 98, p. 154. 2004; SHOWALTER, J. Michael. A cruel trilemma: the flawed political economy of remedies to WTO subsidies disputes. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 37, n. 2, p. 588 - 589 e 625, nota 263. 2004.

O litígio “Byrd” refere-se ao embate entre o direito interno de um Estado promulgar leis em seu próprio território e o direito internacional dos demais, quando ameaçado por uma legislação nacional.⁸⁷⁰

A defesa soberana dos interesses nacionais é o reflexo da assimetria das relações comerciais internacionais. Num sentido de soberania nacional, as políticas de subsídios geralmente escudam-se em razões de segurança nacional e interesse público e o único resultado esperado de decisões internacionais que excedem os limites de suas competências e confrontam valores soberanos estatais⁸⁷¹ é distanciar o Estado do organismo internacional.⁸⁷²

Com efeito, a “Emenda Byrd” incentivava, de maneira inadequada, os produtores norte-americanos a iniciarem, sem custo econômico, ações judiciais *antidumping*, a fim de obterem proteção comercial e auxílio (compensação) financeiro (a) do Estado, o que pervertia todo o processo — com o aumento do número de ações (34.9% por ano, após a referida lei, crescimento significativo se comparado com o avanço de 40.4% durante o longo período de 1980 a 2000) —, e por consequência, as condições de competição, mesmo domésticas,⁸⁷³ entre os produtores.⁸⁷⁴

⁸⁷⁰ JUNG, Youngjin; LEE, Sun Hyeong. The legacy of the Byrd Amendment controversies: rethinking the principle of good faith. **Journal of World Trade**, v. 37, n. 5, p. 930 e 938. 2003.

⁸⁷¹ Em sentido contrário à ideia de perda de soberania nacional, vale lembrar que as decisões do OSC não são automaticamente executáveis (HERVEY, Claire. The Byrd Amendment battle: american trade politics at the WTO. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 27, p. 152. 2003).

⁸⁷² Nesse sentido: KLAPROTH, Jesse. Decision by the arbitrator - United States - continued dumping and subsidy offset act of 2000: payback is for the byrds; arbitrator allows eight countries to sanction the United States. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 13, p. 419. 2005; SHOWALTER, J. Michael. A cruel trilemma: the flawed political economy of remedies to WTO subsidies disputes. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 37, n. 2, p. 623 e 629 - 630. 2004; HARTMANN-TROGER, Simone. Antidumping and countervailing duties: the Byrd Amendment. **International Trade and Business Law Review**, v. 11, p. 297. 2008; YU, Xuesong A. The Byrd's view might not give you a whole picture - the battle in the World Trade Organization on the continued dumping and subsidy offset act of 2000. **Florida Journal of International Law**, v. 17, p. 427. 2005.

⁸⁷³ Um dos problemas é que se recompense exatamente as empresas com os piores desempenhos, aquelas que de outra maneira não teriam como sobreviver, o que, entre outros inconvenientes, desestimula a inovação e cria dependência em relação à proteção estatal. Nesse cenário, torna-se mais vantajoso para a empresa dedicar-se à busca de cada vez mais recursos governamentais *antidumping*, se necessário, induzindo as exportações estrangeiras para o mercado doméstico (Nesse sentido: LEE, Seung-Hyun; BAIK, Yoon-Suk. Corporate lobbying in antidumping cases: looking into the continued dumping and subsidy offset act. **Journal of Business Ethics**, v. 96, n. 3, p. 467, 471 e 475. 2010; GAYLE, Philip G.; PUTTITANUN, Thitima. Has the Byrd amendment affected US imports? **The World Economy**, v. 32, n. 4, p. 645 - 646. 2009).

⁸⁷⁴ Nesse sentido: HERVEY, Claire. The Byrd Amendment battle: american trade politics at the WTO. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 27, p. 143. 2003; YU, Xuesong A. The Byrd's view might not give you a whole picture - the battle in the World Trade Organization on the continued dumping and subsidy offset act of 2000. **Florida Journal of International Law**, v. 17, p. 425 - 426. 2005; SHEPPARD, Hale E. The continued dumping and subsidy offset act (Byrd Amendment): a defeat before the WTO may constitute an overall victory for U.S. trade. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 10, p. 130 - 131.

Entretanto, capaz de suscitar, desde o início, a oposição de diversificados setores, da imprensa ao meio acadêmico, do governo norte-americano aos seus principais parceiros no comércio internacional, com destaque para setores empresariais e industriais dos próprios EUA, a anulação da “Emenda Byrd” era a postura esperada dos EUA, uma vez que os prejuízos provocados pelas medidas, inclusive para a maioria dos norte-americanos, superavam amplamente os benefícios, a exemplo das anteriores legislações norte-americanas a respeito do tema.⁸⁷⁵ Não obstante a revogação da lei seja um importante sinalizador do comportamento norte-americano no sentido da decisão da OMC, surpreende que essa decisão tenha sido tão morosa e, ainda assim, tenha mantido, por considerável interregno de tempo, a conduta transgressora dos EUA às obrigações comerciais internacionais.⁸⁷⁶

As grandes empresas foram as que obtiveram as maiores vantagens com a “Emenda Byrd”, concentrando entre si a maior parte dos repasses financeiros,⁸⁷⁷ exemplo de como os

2002; HENRIK Horn; MAVROIDIS, Petros C. United States-continued dumping and subsidy offset act of 2000. **World Trade Review**, v. 4, n. 3, p. 543 - 546. 2005; IKENSON, Dan. “Byrdening” relations: U.S. trade policies continue to flout the rules. **Free Trade Bulletin**, n. 5, p. 02. 2004; SCHMITZ, Troy G.; SEALE JR, James L. Countervailing duties, antidumping tariffs, and the Byrd Amendment: a welfare analysis. **International Journal of Applied Economics**, v. 1, n. 1, p. 74. 2004; REYNOLDS, Kara M. Subsidizing rent-seeking: antidumping protection and the Byrd Amendment. **Journal of International Economics**, v. 70, p. 493 - 494, 498 e 501 - 502. 2006; GAYLE, Philip G.; PUTTITANUN, Thitima. Has the Byrd amendment affected US imports? **The World Economy**, v. 32, n. 4, p. 631 e 633. 2009.

⁸⁷⁵ Essas medidas *antidumping* maximizavam o bem-estar dos produtores em detrimento do bem-estar da sociedade somado aos próprios interesses fiscais do Estado (SCHMITZ, Troy G.; SEALE JR, James L. Countervailing duties, antidumping tariffs, and the Byrd Amendment: a welfare analysis. **International Journal of Applied Economics**, v. 1, n. 1, p. 68 e 73 - 74. 2004).

⁸⁷⁶ Nesse sentido: RUS, Tudor N. The short, unhappy life of the Byrd Amendment. **New York University Journal of Legislation and Public Policy**, v. 10, n. 2, p. 427 - 428 e 437 - 438. 2007; SCHUTZMAN, Meredith. Antidumping and the continued dumping and subsidy offset act of 2000: a renewed debate. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, v. 11, p. 1096. 2004; HARTMANN-TROGER, Simone. Antidumping and countervailing duties: the Byrd Amendment. **International Trade and Business Law Review**, v. 11, p. 297. 2008; HERVEY, Claire. The Byrd Amendment battle: american trade politics at the WTO. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 27, p. 131 e 151. 2003; YU, Xuesong A. The Byrd's view might not give you a whole picture - the battle in the World Trade Organization on the continued dumping and subsidy offset act of 2000. **Florida Journal of International Law**, v. 17, p. 424. 2005; SHEPPARD, Hale E. The continued dumping and subsidy offset act (Byrd Amendment): a defeat before the WTO may constitute an overall victory for U.S. trade. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 10, p. 147. 2002.

⁸⁷⁷ Por exemplo, as estatísticas mostram que mais de 56% de todas as distribuições no exercício de 2004 foram para apenas 10 empresas dos EUA. A Timken Company e duas de suas subsidiárias (a empresa Torrington Company e MPB Corporation) receberam 395 milhões de dólares ou 40% dos desembolsos totais, quase o dobro do montante total recebido por 731 outras empresas entre 2001 e 2004 (Nesse sentido: LEIBOWITZ, Lewis E; STOEL, Jonathan T. Repeal of the Byrd Amendment: foreign and domestic efforts result in the end of a WTO-illegal US practice. **Global Trade and Customs Journal**, v. 2, n. 1, p. 74, nota 5. 2007; PLATT, Andrew. The fate of domestic exporters under the Byrd Amendment: a case study for resuscitating last-in-time treaty interpretation. **International Law & Management Review**, v. 3, p. 208. 2006; SCHMITZ, Troy G.; SEALE JR, James L. Countervailing duties, antidumping tariffs, and the Byrd Amendment: a welfare analysis. **International Journal of Applied Economics**, v. 1, n. 1, p. 66. 2004).

grupos de interesse domésticos, mesmo em reduzido número, a exemplo do setor de aço,⁸⁷⁸ são capazes de pressionar os governos nacionais e mobilizarem-se em torno de uma legislação interna⁸⁷⁹ que, a um só tempo, desrespeita as obrigações internacionalmente assumidas pelos EUA, aumentando as ações retaliatórias *antidumping* contra os exportadores norte-americanos pelo mundo a fora, e diminuindo o bem-estar socioeconômico nacional, ao transferir recursos financeiros dos pequenos empresários, dos trabalhadores e dos consumidores para os grandes empresários, ou seja, repassando os ônus financeiros para o público em geral e, portanto, distorcendo as relações econômicas mesmo dentro dos EUA. Os custos de um caso típico de direitos *antidumping* ou compensatórios são muito expressivos, destarte, as muitas pequenas empresas verdadeiramente prejudicadas por *dumping* não têm recursos para e condições financeiras de sequer contratar advogados, a fim de reivindicarem as suas quotas de mercado e, assim, serem reembolsadas pelo Estado, destarte, o auxílio financeiro a poucos e grandes grupos empresariais leva à irônica construção de um Estado de “bem-estar empresarial”.⁸⁸⁰

⁸⁷⁸ O objetivo da “Emenda Byrd” foi claramente o de diminuir os custos da indústria de aço norte-americana. A título de ilustração, desde 1980, 43% das solicitações de subsídios por supostos casos de dumping foram feitas por essa indústria, o que representa, por exemplo, 174 requerimentos diferentes, apenas entre 2001 e 2003. Contudo, nem mesmo para ela, as vantagens pretendidas pela lei concretizaram-se (Nesse sentido: SHEPPARD, Hale E. The continued dumping and subsidy offset act (Byrd Amendment): a defeat before the WTO may constitute an overall victory for U.S. trade. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 10, p. 143. 2002; LOPEZ, Daniel M. The Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000: relief for the U.S. steel industry; trouble for the United States in the WTO. **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, v. 23, n. 2. p. 452. 2002; LEE, Seung-Hyun; BAIK, Yoon-Suk. Corporate lobbying in antidumping cases: looking into the continued dumping and subsidy offset act. **Journal of Business Ethics**, v. 96, n. 3, p. 470. 2010; HERVEY, Claire. The Byrd Amendment battle: american trade politics at the WTO. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 27, p. 150 - 151. 2003).

⁸⁷⁹ O *lobby* empresarial, isto é, a alocação de recursos em troca de vantagens governamentais, é um dos fatores determinantes das políticas estatais sobre o comércio. De acordo com essa lógica, quanto maior o investimento em “capital político”, maior o retorno para a empresa (LEE, Seung-Hyun; BAIK, Yoon-Suk. Corporate lobbying in antidumping cases: looking into the continued dumping and subsidy offset act. **Journal of Business Ethics**, v. 96, n. 3, p. 469 - 470, 473 e 475. 2010).

⁸⁸⁰ Nesse sentido: JUNG, Youngjin; LEE, Sun Hyeong. The legacy of the Byrd Amendment controversies: rethinking the principle of good faith. **Journal of World Trade**, v. 37, n. 5, p. 936. 2003; RUS, Tudor N. The short, unhappy life of the Byrd Amendment. **New York University Journal of Legislation and Public Policy**, v. 10, n. 2, p. 439. 2007; MOVSESIAN, Mark L. International decision: United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000. **The American Journal of International Law**, v. 98, p. 153 - 154. 2004; BENEDETTI, Mariangela. The enforcement of global decisions: EU countermeasures against the US Byrd Amendment. In: CASSESE, Sabino. **Global administrative law: the casebook**. 3. ed. Rome-New York: IRPA-IILJ, 2012, p. 45; HARTMANN-TROGER, Simone. Antidumping and countervailing duties: the Byrd Amendment. **International Trade and Business Law Review**, v. 11, p. 291. 2008; BARBATO, Joseph. Byrd-watching: continuation of the continued dumping and subsidy offset act. **Currents International Trade Law Journal**, v. 14, n. 2, p. 50 - 52. 2005; YU, Xuesong A. The Byrd's view might not give you a whole picture - the battle in the World Trade Organization on the continued dumping and subsidy offset act of 2000. **Florida Journal of International Law**, v. 17, p. 437 - 438. 2005; SHEPPARD, Hale E. The continued dumping and subsidy offset act (Byrd Amendment): a defeat before the WTO may constitute an overall victory for U.S. trade. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 10, p. 128, 133, 144, 149, 152 - 153 e 155. 2002.

A “Emenda Byrd” exemplifica bem como as legislações comerciais protecionistas norte-americanas são uma espécie de moeda de troca por votos, especialmente, quando promulgadas em anos eleitorais, uma vez que os eleitores estão preocupados mais com os seus empregos⁸⁸¹ e com os seus salários do que com as grandes questões do comércio internacional, a propósito, ostentam uma visão muito negativa sobre o livre comércio.⁸⁸²

Ademais, os membros do Congresso norte-americano nutriam a crença, assim percebida pelos cidadãos, de que os EUA eram injustamente alvo de práticas ilegais de comércio internacional, especificamente *dumping* e subsídios, o que explica a resistência interna norte-americana à revogação da referida lei, como forma de defesa de um “comércio internacional justo”⁸⁸³ e da produção e dos empregos domésticos.⁸⁸⁴

Contudo, a legitimidade da “Emenda Byrd” passou a ser questionada, dentro e fora dos EUA, não apenas pela violação ao direito da OMC, mas pelas inadequadas manobras legislativas domésticas, incluindo a maneira como foi promulgada, e pela opção político-econômica contrária à abertura comercial e prejudicial aos próprios EUA.⁸⁸⁵

⁸⁸¹ Todavia, a “Emenda Byrd” produz exatamente o efeito contrário, ou seja, aumenta o desemprego nacional, porquanto, ao reduzir o comércio internacional dos EUA, diminui a produtividade e a competitividade das indústrias norte-americanas, muitas vezes, obrigadas a se deslocarem para outros Estados (SHEPPARD, Hale E. The continued dumping and subsidy offset act (Byrd Amendment): a defeat before the WTO may constitute an overall victory for U.S. trade. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 10, p. 145 - 147. 2002).

⁸⁸² HERVEY, Claire. The Byrd Amendment battle: american trade politics at the WTO. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 27, p. 146 e 154 - 155. 2003.

⁸⁸³ Em sentido contrário, uma pesquisa com casos de medidas *antidumping*, entre 1980 e 1998, aponta um considerável aumento desses pedidos, que, em sua maioria, e especialmente quanto aos mais recentes, não são uma resposta estatal a práticas marcadas por desvio de comércio internacional. Ao contrário das razões econômicas, encontram motivações estratégicas, por exemplo, a retaliação a requerimento anterior apresentado contra si (PRUSA, Thomas; SKEATH, Susan. The economic and strategic motives for antidumping filings. **Review of World Economics**, v. 138, n. 3, p. 390 - 391, 395 - 396, 399, 401, 403 - 404, 410 - 413. 2002).

⁸⁸⁴ Nesse sentido: SHOWALTER, J. Michael. A cruel trilemma: the flawed political economy of remedies to WTO subsidies disputes. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 37, n. 2, p. 624. 2004; BARBATO, Joseph. Byrd-watching: continuation of the continued dumping and subsidy offset act. **Currents International Trade Law Journal**, v. 14, n. 2, p. 52. 2005; KLAPROTH, Jesse. Decision by the arbitrator - United States - continued dumping and subsidy offset act of 2000: payback is for the byrds; arbitrator allows eight countries to sanction the United States. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 13, p. 419. 2005; YU, Xuesong A. The Byrd's view might not give you a whole picture - the battle in the World Trade Organization on the continued dumping and subsidy offset act of 2000. **Florida Journal of International Law**, v. 17, p. 427. 2005; SHEPPARD, Hale E. The continued dumping and subsidy offset act (Byrd Amendment): a defeat before the WTO may constitute an overall victory for U.S. trade. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 10, p. 121 e 127. 2002; LEIBOWITZ, Lewis E; STOEL, Jonathan T. Repeal of the Byrd Amendment: foreign and domestic efforts result in the end of a WTO-illegal US practice. **Global Trade and Customs Journal**, v. 2, n. 1, p. 76. 2007.

⁸⁸⁵ Nesse sentido: SHEPPARD, Hale E. The continued dumping and subsidy offset act (Byrd Amendment): a defeat before the WTO may constitute an overall victory for U.S. trade. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 10, p. 138 e 141. 2002; LEIBOWITZ, Lewis E; STOEL, Jonathan T. Repeal of the Byrd

Dessa maneira, o contencioso “Byrd”, por fim, não obstante a ineficiência econômica e os custos reputacionais da medida transgressora norte-americana, reforçou a realidade da solução de conflitos no âmbito da OMC, em que apenas os Estados fortes são capazes tanto de retaliar os outros Estados, sejam grandes ou pequenos, como de não modificar seus comportamentos violadores das normas comerciais internacionais, ou na melhor das hipóteses, como foi o caso, modificá-los com grande resistência e morosidade, em virtude da substancial influência interna de grupos de interesse domésticos, cujas vantagens individuais são escamoteadas sob a forma de valores soberanos.

Amendment: foreign and domestic efforts result in the end of a WTO-illegal US practice. **Global Trade and Customs Journal**, v. 2, n. 1, p. 73 e 77. 2007; IKENSON, Dan. “Byrdening” relations: U.S. trade policies continue to flout the rules. **Free Trade Bulletin**, n. 5, p. 01. 04.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem os métodos explanatórios e empíricos de diferentes ciências sociais, não se consubstancia adequada sistematização externa do direito. Com isso não se quer dizer que haja uma relação de causalidade entre as mudanças experimentadas pelos sistemas sociais e as transformações sentidas pelo sistema jurídico, ao contrário, cada sistema possui uma dinâmica, uma lógica de funcionamento e uma evolução diferente dos demais, sob pena de se transcender os limites de validade de cada esfera. Por sua própria natureza, uma doutrina interdisciplinar auxilia tanto a desconstrução de uma racionalidade social dominante como a elaboração de uma sólida teoria do direito e da justiça internacional.

Dessa maneira, não é adequado tentar entender a questão da conformidade da conduta dos Estados com o direito internacional a partir da limitada perspectiva de uma única disciplina. A resposta à questão sobre por que os Estados cumprem o direito internacional depende das teorias das relações internacionais adotada. Fruto de uma verdadeira guinada interdisciplinar, a academia jurídica internacional vive um momento em que ortodoxias antigas são questionadas e novos paradigmas desenhados, conforme postulados advindos, mormente, das relações internacionais, cada vez mais utilizados para se entender o direito internacional. Outrossim, para uma avaliação precisa da política internacional, é fundamental e indispensável um esforço interdisciplinar, a fim de se definir a influência das normas internacionais nos comportamentos estatais.

Por se tratar de um direito cuja ambiciosa pretensão é regular a conduta de entes soberanos, muito além dos mecanismos formais de execução dos compromissos jurídicos de cumprimento obrigatório, os resultados colimados pelo direito internacional são obtidos, por exemplo, por meio da expectativa de comportamentos recíprocos, de incentivos reputacionais, ou ainda, de fatores advindos de políticas domésticas; com força tal que, em sua quase totalidade e na maior parte do tempo, os liames obrigacionais internacionais não apenas são cumpridos, senão intensificados, assim, ganham, cada vez mais, amplitude e densidade.

Todavia, a possibilidade de diálogo entre o direito internacional e as relações internacionais acaba no momento em que a própria existência do direito internacional é questionada e ele passa a ser considerado apenas uma parte da política internacional. Na realidade, o problema reside não na falaciosa ausência de normas no plano internacional, mas no cumprimento delas. Assim, a tradicional indagação sobre se o direito internacional é

relevante transformou-se nos questionamentos de por que, como e quando o direito internacional determina a conduta dos Estados. Contudo, esses problemas são verdadeiramente complexos e para eles ainda não há soluções suficientes.

Por exemplo, a resposta de que os Estados cumprem o direito internacional porque ele é implementado conduz, num infundável jogo de espelhos, a uma nova e inevitável pergunta de por que ele é implementado. E para potencializar essa angústia, basta imaginar que, no breve interregno desta reflexão, um sem número de normas de direito internacional, em verdade, a esmagadora maioria delas, foram respeitadas. E assim tem sido há séculos, independentemente da existência de mecanismos coercitivos de indução ao cumprimento do direito internacional. Entretanto, essa robusta constatação, por si só, é igualmente incapaz de esclarecer por que os Estados respeitam o direito internacional e por que o desrespeitam. Ou, ainda, por que, com igual força, mudam ambos comportamentos. E tudo isso, antes de reduzir a importância da complexa empresa jurídica internacional, deve, ao contrário, estimular o aprimoramento do estudo sobre o papel que ela pode desempenhar na vida social global, a partir da revisão da literatura das teorias das relações internacionais e da confecção de trabalhos empíricos.

As explicações de por que, em alguns casos, os Estados obedecem às normas internacionais de determinados regimes, porém, não de outros, parecem ser ainda mais danosas para a construção do primado do direito internacional. Por isso, não surpreende que sejam aventados tantos argumentos marcadamente polarizados e improdutivos. Nesse debate, é de se lamentar a ainda recorrente rejeição dos acadêmicos do direito internacional à análise econômica, o que implica perda de oportunidades de colaboração, na seara internacional, entre o direito e a economia.

Elastecer o âmbito social em que o direito internacional se insere é uma forma de trazermos para o bojo de nossa disciplina a riqueza do conhecimento acumulado por outras tantas ciências sociais aplicadas. Quando essa transição for concluída, finalmente será possível dizer que os próprios acadêmicos do direito internacional passaram verdadeiramente a considerar a importância do cumprimento das normas internacionais para o direito internacional. No mesmo sentido, sem a linguagem do direito não se escrevem as relações internacionais.

Todavia, não se propugna por uma disciplina comum entre o direito internacional e as relações internacionais, tampouco se alimenta a ilusão de que um dia haverá uma teoria geral

do direito internacional e das relações internacionais capaz de prever os comportamentos dos Estados em circunstâncias específicas. O eldorado das verdades absolutas e das leis universais está sempre à espera dos tolos. O que, modestamente, busca-se é uma agenda de pesquisa colaborativa. Finda a tarefa de derrubar muros, começa a de construir pontes. O colapso da barreira intelectual e da insularidade acadêmica entre ambas as disciplinas proporciona, no mínimo, a elaboração de um vocabulário único que facilite o compartilhamento de ideias e informações.

Ademais, esse esforço é crucial para a qualidade do papel social dos estudiosos do direito internacional e das relações internacionais como construtores de políticas públicas. A tarefa como acadêmicos é a confecção de estratégias internacionais dotadas de valores comprometidos com a melhora da vida humana. No entanto, despidos de uma idônea compreensão do fenômeno político-jurídico do cumprimento do direito internacional, nada disso será adequadamente alcançado.

Portanto, o desafio de estudar os mecanismos de indução ao cumprimento do direito internacional implica, a princípio, reconhecer que o comportamento dos Estados em suas relações internacionais é influenciado por uma miríade de fatores, dentre os quais, figuram as normas internacionais e dos quais elas não podem ser dissociadas. Por isso, deve-se utilizar ferramentas metodológicas complexas para se investigar a conformidade. Não aceitar essa realidade produziria resultados ingênuos e enganosos.

Realmente, a tentativa de analisar os comportamentos estatais a partir das normas internacionais não se trata de uma tarefa fácil. Considerando tanto o caráter ambíguo, obscuro e contraditório da própria natureza do direito, quanto as reais intenções e capacidades de cumprimento por parte dos Estados — móveis no tempo e no espaço —, estratégias eficazes de conformidade estão longe de serem precisas e exatas, de maneira que talvez seja mais adequado pensar em níveis ou graus de cumprimento. Tampouco há, nem pode haver, efeitos diretos das normas internacionais nos comportamentos estatais. Portanto, a conformidade é uma questão crucial para o direito internacional, todavia, cercada de incertezas por todos os lados.

Motivada pela construção de padrões internacionais e de identidades estatais, fruto de interações globais e domésticas e dos interesses dos próprios Estados, vislumbra-se uma nova complexidade internacional, caracterizada pelo aumento da previsibilidade e da redução dos custos de transação nas relações internacionais, em que as normas, sejam ou não interestatais,

apresentam-se mais densas e efetivas, inclusive com mecanismos coercitivos de aplicação e controle das atividades dos Estados, e os tribunais internacionais reforçam suas capacidades de adjudicação das disputas, com jurisdição compulsória e poder de revisão dos atos domésticos administrativos e legais. O primado do direito internacional veste-se do império do direito interno, na medida em que as mudanças do direito internacional reproduzem-se nos direitos domésticos, atribuindo um caráter obrigatório e vinculativo aos compromissos jurídicos internacionais, o que corrobora o seu cumprimento, em forma de políticas públicas, atos legais e decisões judiciais internas.

Todavia, os mecanismos de execução nacionais majoram os custos de cumprimento do direito internacional, sem necessariamente torná-lo mais efetivo, senão mais oneroso e, portanto, menos atrativo para os Estados. Mimetizar internamente normas internacionais é um procedimento hierárquico e estático, da mesma forma que, a indução ao cumprimento de decisões de órgãos de um sistema compulsório de solução de conflitos internacionais depende das vantagens tributadas pelos Estados, por isso, quando os custos excedem os benefícios, os Estados simplesmente rechaçam um cumprimento ineficiente. Ambos os expedientes coercitivos são, primordialmente, voltados a afastar o descumprimento, portanto, incapazes de traduzir em sua completude a complexidade do fenômeno do cumprimento jurídico internacional. Destarte, consoante o assunto travado em dado regime internacional — do controle de armas à proteção ambiental, passando pela liberalização comercial — e com a intenção e a capacidade de um Estado de cumprir, os incentivos positivos são mais idôneos do que as medidas coercitivas.

Ademais, a efetividade do direito internacional deve-se não somente aos mecanismos repressivos, internos ou externos, de imposição do cumprimento obrigatório de suas normas e das decisões de seus tribunais, bem como às sanções reputacionais deles decorrentes, senão à legitimidade estabelecida pelos mecanismos de incentivo à conformidade, responsável por um processo de aprendizagem, aculturação, socialização e persuasão, que forma a identidade dos atores e influencia as decisões tomadas pelos formuladores de políticas públicas internacionais. É sem dúvida relevante o papel da retórica e da argumentação jurídica nas relações internacionais a respeito tanto da definição de agendas e preferências dos atores, quanto do cumprimento das normas internacionais.

A questão do cumprimento efetivo das normas e das decisões do sistema de solução de controvérsias tem estado, nos últimos anos, no centro das atenções acadêmicas sobre a OMC.

O cumprimento das normas e decisões da OMC é, sem dúvida, o mais importante indicador da eficácia desse regime jurídico internacional. De maneira mais acentuada do que em qualquer outro subsistema jurídico internacional, o processo de especialização e transformação do direito internacional promoveu o adensamento das normas e a juridicidade dos conflitos comerciais internacionais, observando-se, cada vez mais, compromissos com força executória e controvérsias com adjudicação compulsória. Um sistema inovador de solução de controvérsias que conseguiu maior legitimidade na sociedade internacional e aceitação pelos Estados, conquanto a estabilidade do sistema OMC seja tributária mais do interesse dos Estados na previsibilidade das relações comerciais internacionais do que da coercibilidade do seu direito. A vontade dos Estados molda a obrigatoriedade normativa do sistema. Em virtude dos prejuízos econômicos que teriam, sair da OMC é uma não-opção para todos os Estados-membros.

Se não é possível falar (talvez nunca seja) em uma verdadeira constituição e em um verdadeiro tribunal internacional com jurisdição obrigatória, é inevitável vislumbrar semelhanças entre as normas e as decisões da OMC e os sistemas constitucionais nacionais e supranacionais. Consequentemente, os Estados pautam suas políticas públicas, normas e decisões judiciais de acordo com o direito da OMC. Em contrapartida, a originalidade de mecanismos de indução ao cumprimento, a exemplo do instrumento da retaliação, gera, muitas vezes, para os Estados, custos políticos e econômicos maiores do que benefícios jurídicos, o que impõe obstáculos à implementação das decisões do OSC, constituindo-se em novos desafios para a efetividade do sistema. Se uma decisão construída juridicamente sob os auspícios de uma instituição internacional é, de forma evidente, mais bem aceita do que outra imposta pela força, recorrer ao OSC não implica o cumprimento automático de suas decisões, pois o sistema é carente de mecanismos jurídicos imunes aos cálculos políticos de seus membros.

Portanto, esses problemas somente podem ser adequadamente compreendidos na intersecção entre as esferas jurídica e política. Diante disso, a questão da conformidade é tão contestada que serve, a um só tempo, tanto aos defensores do regime jurídico da OMC, quanto aos seus detratores. O mesmo raciocínio aplica-se à questão do cumprimento perfeito, tantas vezes tomado ora como se fosse a quintessência, ora como se fosse o pior dos mundos. O fato de que os membros não tenham buscado sanções mais duras, quando da construção da OMC, não significa anuência a um mero cumprimento arbitrário. Por exemplo, a flexibilidade dos mecanismos de execução do regime jurídico da OMC funciona como uma importante

válvula de segurança sistêmica. Desse modo, há um forte debate acadêmico sobre a obrigatoriedade do cumprimento das decisões do OSC. Consoante o artigo 22.1 do ESC, o recurso aos mecanismos de suspensão e compensação é meramente “transitório”, porém, suficiente para tornar o descumprimento possível e insuscetível a medidas punitivas. A obrigação incondicional de adesão às normas do ESC não destitui os membros da OMC de sua legítima liberdade de escolha dos meios para tal.

Por um lado, em virtude de relações marcadamente assimétricas entre os membros da OMC, circunstâncias haverá em que o benefício do descumprimento da norma superará os custos de cumpri-la e, portanto, não haverá qualquer incentivo adicional para o cumprimento. A ineficácia é o maior risco que corre um sistema jurídico internacional calcado em um direito fraco.

Por outro lado, é preciso separar os efeitos punitivos dos remédios jurídicos daqueles responsáveis pelo cumprimento eficiente de normas e decisões da OMC. Certamente, há fatores mais importantes do que a retaliação para a indução ao cumprimento de normas comerciais internacionais. Nessa equação, é impossível desconsiderar o papel desempenhado, por exemplo, pela reputação e pela reciprocidade. Entre a teoria e a prática, o cumprimento forçado das normas de comércio internacional remanesce como solução ideal apenas no imaginário de alguns juristas. Ironicamente, nesse regime jurídico internacional, a violação da norma define o seu cumprimento. Num primeiro momento, pode parecer que o cumprimento das normas não seja a questão principal. Porém, ocorre que, em situações nas quais ambos, violador e violado, estejam, simultaneamente, em melhores condições, eventuais violações devem ser toleradas.

O escopo principal de se constituir a OMC como um sistema baseado no direito foi o de diminuir o descumprimento das normas e decisões concernentes ao comércio internacional, ou mesmo a morosidade em cumpri-las. No entanto, em muitos casos, especificamente para as economias de porte relativamente menor, nem todas as partes num litígio estão bem representadas, o que tornam improváveis resultados justos e eficazes. E, mesmo quando estão, instrumentos jurídicos, a exemplo das medidas retaliatórias, são, no mínimo, contrários à própria natureza da instituição internacional, aos interesses comerciais de seus membros ou sequer constituem uma opção prática. Em outros tantos casos, a experiência até os dias de hoje sugere que o sistema de solução de controvérsias da OMC leva considerável tempo para resolver as disputas. Por vezes, alguns membros utilizam o sistema como forma de adiar o

cumprimento de uma decisão do painel ou do órgão de apelação: é a não-conformidade materializada em morosidade.

Especificamente, casos há em que a autoridade do OSC tem sido desvirtuada, a pretexto de uma ação “democrática”. Entretanto, as sociedades contemporâneas são demasiado complexas para que a democracia limite-se ao livre comércio e os interesses “dos povos”, àqueles dos consumidores. Ademais, de maneira diferente do que se poderia imaginar, os Estados menos inclinados a implementarem as normas da OMC e cumprirem as decisões adversas do OSC são exatamente os democráticos, mais suscetíveis às pressões domésticas de seus indivíduos e empresas. A teoria da “paz democrática” converte-se, na prática, em “multilateralismo agressivo” no recurso a disputas comerciais internacionais em defesa de interesses protecionistas ou de um “comércio justo”. E, ainda, seria no mínimo paradoxal considerar democrática a criação de obrigações, por exemplo, a produção de efeitos diretos das decisões do OSC nos sistemas jurídicos domésticos dos membros da OMC. No direito internacional, o uso frequente de uma linguagem circular em compromissos ambíguos favorece mecânicas de um indesejado ativismo judicial, que enfraquece a indução ao cumprimento das normas e das decisões do regime jurídico de comércio internacional.

Dessa maneira, a fim de se incentivar o cumprimento do direito da OMC, por exemplo, por meio de ações coletivas, urge uma reforma do sistema que torne mais exíguos prazos e salvaguardas, calcule de maneira tanto retrospectiva, quanto prospectiva, eventuais danos gerados e confira à compensação uma natureza jurídica obrigatória e punitiva, quem sabe, sob a forma de “compromissos de liberalização contingente”. Somente assim os princípios da OMC prevalecerão sobre as conveniências políticas dos membros mais poderosos. Todavia, é preciso questionar se essas propostas seriam adequadas e se funcionariam em termos práticos, ou seja, se os Estados ricos aceitariam a substituição de remédios jurídicos que concedem aos Estados pobres direitos que eles não podem exercer por outros verdadeiramente efetivos. Se os Estados poderosos considerarão seus interesses de longo prazo e abdicarão de suas capacidades de se desviarem de suas obrigações internacionais, talvez seja a questão mais importante para se determinar o quanto a OMC pode se aproximar de um sistema verdadeiramente jurídico, caracterizado pelo cumprimento de suas normas e decisões.

As ideias têm poder, entretanto, precisar como influenciam os comportamentos estatais é algo demasiado complexo. O conteúdo e a extensão das normas e das instituições

internacionais é uma das questões de maior discussão entre os teóricos das relações internacionais, cujos embates epistemológicos e metodológicos são, paradoxalmente, tão antagônicos, quanto complementares. Considerável parcela das explicações sobre o impacto do direito internacional nas relações internacionais não se encaixa exclusivamente em um único pensamento teórico, cujas classificações buscam apenas alinhavar as suas preocupações principais. Diante de relações factuais complexas e multifacetadas, não é adequado tomar as ideias de cada uma dessas vertentes, ou mesmo de suas correntes, como verdadeira “cama de Procusto”.

De fato, os realistas consideram os regimes e as instituições internacionais como elementos úteis para a estabilidade das relações de cooperação do sistema internacional, desde que, sejam criados e impostos, sem reciprocidade, a partir das realidades dos Estados poderosos, nas searas da “alta política”, ou seja, ferramentas forjadas pelo interesse próprio e egoísta dos Estados hegemônicos em busca de maximizarem segurança internacional. Essa premissa básica do cumprimento das normas internacionais pelos Estados, conforme o paradigma realista, não serve para justificar condutas internacionais imorais, senão para explicá-las. Tampouco isso é algo necessariamente ruim, obviamente, de acordo com quais sejam as preferências do *hegemon*. Ademais, o fato do direito ser manipulado pelo poder é uma característica instrumental de todo sistema social, não apenas do internacional. Isso faz, inclusive, que o cumprimento das normas seja recorrente no cenário internacional, embora se deva às relações de conveniência ou à mera convergência entre os interesses dos Estados fortes e as normas.

Os institucionalistas não vislumbram essa dicotomia entre o poder e o direito. Referem-se ao direito internacional pelo conceito de instituição e de regime e não de moralidade e idealismo, a partir de uma perspectiva dinâmica de fenômenos teoricamente deduzíveis e empiricamente verificáveis em termos de cálculos racionais. A teoria do poder puro, calcada na ideia de poder assimétrico e uso da força como fundamento para a ação internacional dos Estados, é incapaz de explicar por que os Estados poderosos cedem em negociações de tratados ou cumprem decisões judiciais e arbitrais internacionais adversas, e, ainda, internalizam os seus conteúdos. Conforme o institucionalismo, além da aplicação coercitiva, um Estado cumpre uma norma internacional preocupado com a sua reputação e temeroso de que, em reciprocidade, os demais passem a descumpri-la, em virtude da sua violação. Assim, suporta custos presentes, a fim de colher, em momento futuro, maiores benefícios.

O modelo da escolha racional é um instrumento idôneo para antever as condutas estatais e explicar tanto porque os Estados cumprem, quanto porque descumprem as normas internacionais. Dessa maneira, revela-se um farol capaz de, a um só tempo, iluminar os dois tradicionais e antagônicos domínios das relações internacionais: o conflito (realismo) e a cooperação (liberalismo). Com destaque para a teoria dos jogos — especificamente “o dilema dos prisioneiros”, alegoria da forma como as instituições engendram a cooperação internacional, independentemente dos incentivos individuais —, no quadro analítico racionalista, o cumprimento estatal das normas internacionais é uma escolha estratégica que depende das ações dos demais. Diferentemente dos realistas, os liberais e os construtivistas propugnam que os Estados cooperam no plano internacional, contudo, despidos de evidências empíricas sobre a relação entre o comportamento estatal e o direito internacional, não conseguem explicar como a cooperação se dá.

Para o liberalismo, orientado pelo direito e identificado pelos argumentos normativos explicativos da cooperação internacional, a base das preferências estatais é social, e não sistêmica, especificamente, o poder de pressão de um grupo de interesse nacional ou transnacional determina o quanto um Estado está disposto a ceder em uma negociação internacional ou a suportar os custos de uma decisão adversa de um tribunal internacional. A reciprocidade entre os interesses domésticos e internacionais impacta, de maneira mais efetiva, os custos políticos internos da não conformidade dos Estados liberais, marcados pela presença de instituições democráticas e pelo respeito ao primado do direito.

Os construtivistas, de sua banda, ponderam que a ação consoante os próprios interesses parte do pressuposto equivocado de que as preferências estatais e o direito internacional são coisas distintas e, assim, é incapaz de identificar de quem é a percepção dos custos e benefícios. Ademais, negligencia o caráter mutável, bem como os inúmeros fatores determinantes, das identidades estatais. Por isso, não consegue explicar porque, em muitos casos, os Estados negociam e cumprem as normas internacionais. Para o construtivismo, a relação linear, causal e recíproca entre os termos “interesse” e “comportamento” torna o racionalismo, antes de tudo, incompleto, limitado e circular. Por outro lado, no pensamento construtivista, a avaliação da influência de uma norma internacional em uma política internacional é algo muito difícil, senão impossível, de se fazer, além de altamente específico a um determinado cenário, pois se pressupõe que os padrões de conformidade são socialmente construídos, e não produtos de cálculos racionais ou restrições impostas.

O resultado da presente pesquisa empírica desafia o senso comum: o OSC falha quando tenta impor o cumprimento de suas decisões mediante a aplicação de medidas retaliatórias. Na verdade, quando utilizadas, as contramedidas não se revelam efetivas em induzir o cumprimento do direito da OMC, no máximo, promoveram reformas normativas nos Estados violadores, cujo conteúdo não necessariamente espelha aquele das decisões adversas do OSC.

As evidências empíricas demonstraram que os mecanismos retaliatórios reproduzem as relações de poder da sociedade internacional, por isso, não conseguem induzir o cumprimento do direito da OMC, quando aplicados aos Estados poderosos. Os Estados atuam nas relações internacionais de acordo com os seus interesses individuais e, a partir de um cálculo de custo e benefício, as contramedidas não se revelaram economicamente eficientes na promoção desses interesses, ao contrário, incentivaram o descumprimento das decisões do OSC, e sequer as sanções reputacionais conseguiram reverter os comportamentos estatais transgressores, diante de questões de grande relevância nacional, não apenas do ponto de vista comercial, e da pressão política de importantes grupos domésticos interessados na não conformidade às decisões do OSC. Nesses casos, o fato dos EUA e da UE serem economias e democracias desenvolvidas, ao contrário de facilitar, dificultou o cumprimento das decisões do OSC, percebidas internamente como ilegítimas, destarte, as partes requeridas preferiram se submeter às retaliações comerciais e suas consequências a cumprirem as decisões do OSC.

Finalmente, não se pretende ter exaurido o tema. Os argumentos e exemplos utilizados são ilustrativos, jamais exaustivos. O objetivo é apresentar a primeira e não a última palavra sobre as questões aventadas. Portanto, na esperança de que inspire novos e melhores estudos, a presente pesquisa é uma oportunidade para mais pessoas conhecerem um método ainda pouco aplicado ao direito internacional e, antes de tudo, um convite para participarem do debate.

REFERÊNCIAS

AAKEN, Anne van. Opportunities for and limits to an economic analysis of international economic law. **Transnational Corporations Review**, v. 3, n. 1, p. 27 - 46. 2011.

ABBOTT, Kenneth W. International law and international relations theory: building bridges. **American Society of International Law Proceedings**, v. 86, p. 167 - 171. 1992.

_____. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 127 - 158. 2004.

_____. Modern international relations theory: a prospectus for international lawyers. **Yale Journal of International Law**, v. 14, n. 2, p. 335 - 411. 1989.

_____. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n.1 -2, p. 09 - 34. 2005.

ABBOT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, v. 54, p. 421 - 456. 2000.

_____. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 127 - 158. 2004.

_____. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n.1 -2, p. 09 - 34. 2005.

ACEVES, William J. Critical jurisprudence and international legal scholarship: a study of equitable distribution. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 39, p. 299 - 394, 2001.

_____. Institutional theory and international legal scholarship. **American University Journal of International Law and Policy**, v. 12, n. 2, p. 227 - 266. 1997.

ALEMANN, Alberto. Judicial enforcement of the WTO hormones ruling within the European Community: toward EC liability for the non-implementation of WTO dispute settlement decisions? **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 2, 547 - 561. 2004.

ALI, Asim Imdad. Non-compliance and ultimate remedies under the WTO dispute settlement system. **Journal of Public and International Affairs**, v. 14, p. 01 - 22. 2003.

ALKOBY, Asher. Non-state actors and the legitimacy of international environmental law. **Non-State Actors and International Law**, v. 3, n. 1, p. 23 - 98. 2003.

_____. Theories of compliance with international law and challenge of cultural difference. **Journal of International Law and International Relations**, v. 4, p. 151 - 198. 2008.

ALTER, Karen J. Delegating to international courts: self-binding vs. other-binding delegation. **Law and Contemporary Problems**, v. 71, p. 37 - 76. 2008.

_____. Resolving or exacerbating disputes? the WTO's new dispute resolution system. **International Affairs**, v. 79, n. 4, p. 783 - 800. 2003.

ALTHUNAYAN, T. **Dealing with the fragmented international legal environment: WTO, international tax and internal tax regulations**. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 2010. 253 p.

ALVAREZ, Jose E. Hegemonic international law revisited. **American Journal of International Law**, v. 97, n. 4, p. 873 - 887. 2003.

_____. The new dispute settlers: (half) truths and consequences. **Texas International Law Journal**, v. 38, p. 405 - 444. 2003.

ANDERSON, Steven M. Reforming international institutions to improve global environmental relations, agreement, and treaty enforcement. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 18, n. 4, p. 771 - 822. 1995.

AREND, Anthony Clark. Do legal rules matter? international law and international politics. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 107 - 154. 1998.

_____. **Legal rules and international society**. New York: Oxford University Press, 1999. 208 p.

ARMOND, Maureen De. Trade wars, tax disputes, and retaliatory sanctions: a growing threat to the evolving U.S.-EU relationship. **Transnational Law & Contemporary Problems**, v. 13, n. 1, p. 307 - 338. 2003.

ARMSTRONG, David; FARRELL, Theo; LAMBERT, Hélène. **International law and international relation**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. 353 p.

ARON, Raymond. **Paz e guerra entre nações**. Trad. Sergio Bath. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2002. 928 p.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. 298 p.

B., Simi T.; KAUSHIK, Atul. The banana war at the GATT/WTO: what was the dispute? **Trade Law Brief of the Centre for International Trade, Economics & Environment**, n. 1, p. 01 - 05. 2008.

BABU, R. Rajesh. Remedies for violations of WTO law: the misplaced notion of effectiveness. **Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy**, v. 7, n. 2, p. 457 - 516. 2012.

BADIN, Michelle Ratton Sanchez; SILVA, Lucas Tasquetto da; SATO, Nathalie Suemi Tiba. As trilhas de Anne-Marie Slaughter na defesa da interdisciplinaridade entre Direito Internacional e Relações Internacionais. **Direito GV Research Paper Series**, n. 94, p. 01 - 25. 2014.

BAHDI, R. **Globalization of judgment**: transjudicialism, international human rights law and commonwealth courts. 2001. 170 f. Thesis for degree of LL.M. Graduate Department of Law of the University of Toronto, Toronto.

BANKS, Kevin. Trade, labor and international governance: an inquiry into the potential effectiveness of the new international labor law. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 32, n. 1, p. 45 - 142. 2011.

BARADARAN, Shima; FINDLEY, Michael; NIELSON, Daniel; SHARMAN, J. C. Does international law matter? **Minnesota Law Review**, v. 97, n. 3, p. 743 - 837. 2013.

BARBATO, Joseph. Byrd-watching: continuation of the continued dumping and subsidy offset act. **Currents International Trade Law Journal**, v. 14, n. 2, p. 45 - 55. 2005.

BECK, Robert J. International law and international relations: the prospects for interdisciplinary collaboration. **Journal of International Legal Studies**, v. 1, n. 2, p. 119 - 150. 1995.

_____. International law and international relations scholarship. In: ARMSTRONG, D. (Org.). **Handbook of International law**. New York: Routhledge, 2009. p. 13 - 43.

_____. International law and the decision to invade Grenada: a ten-year retrospective. **Virginia Journal of International Law**, v. 33, p. 765 - 817. 1993.

BEDERMAN, David J. Constructivism, positivism, and empiricism in international law. **Georgetown Law Journal**, v. 89, n. 2, p. 469 - 500. 2001.

BEEKARRY, Navin. International anti-money laundering and combating the financing of terrorism regulatory strategy: a critical analysis of compliance determinants in international law. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 31, n. 1, p. 137 - 194. 2011.

BELLO, Judith Hippler. The WTO settlement understanding: less is more. **The American Journal of International Law**, v. 90, n. 3, p. 416 - 418. 1996.

BENEDETTI, Mariangela. The enforcement of global decisions: EU countermeasures against the US Byrd Amendment. In: CASSESE, Sabino. **Global administrative law: the casebook**. 3. ed. Rome-New York: IRPA-IILJ, 2012. p. 43 - 49.

BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean-Francois. Economic development, legality, and the transplant effect. **William Davidson Working Paper Number 410**, p. 01 - 29. 2001

BERMAN, Paul Schiff. Seeing beyond the limits of international law. **Texas Law Review**, v. 84, n. 5, p. 1265 - 1306. 2006.

BERMANN, Suzanne. EC-hormones and the case for an express WTO postretaliation procedure. **Columbia Law Review**, v. 107, n. 1, p. 131 - 168. 2007.

BERNSTEIN, Jason; SKULLY, David. Calculating trade damages in the context of the world trade organization's dispute settlement process. **Review of Agricultural Economics**, v. 25, n. 2, p. 385 - 398. 2003.

BHALA, Raj. The Bananas War. **McGeorge Law Review**, v. 31, n. 4, p. 839 - 972. 2000.

BLANDFORD, Andrew C. Reputational costs beyond treaty exclusion: international law violations as security threat focal points. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 10, n. 4, p. 669 - 726. 2011.

BOBBIO, N. **Dalla struttura alla funzione**: nuovi studi di teoria del diritto. Milan: Comunita, 1977.

BOYLE, Francis A. **World politics and international law**. Durham: Duke University Press, 1985. 366 p.

BRADFORD, Anu. When the WTO works, and how it fails. **Virginia Journal of International Law**, v. 51, n. 1, p. 01 - 56, 2010 - 2011.

BRADFORD, William C. International legal compliance: an annotated bibliography. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. 30, p. 379 - 428, 2004.

_____. International legal compliance: surveying the field. **Georgetown Journal of International Law**, v. 36, p. 495 - 536, 2005.

BRADLEY, Curtis A.; KELLEY, Judith. The concept of international delegation. **Law and Contemporary Problems**, v. 71, n. 1, p. 01 - 36. 2008.

BRAUNER, Yariv. International trade and tax agreements may be coordinated, but not reconciled. **Virginia Tax Review**, v. 25, p. 251 - 311. 2005.

BREUSS, Fritz. Economic integration, EU-US trade conflicts and WTO dispute settlement. **European Integration online Papers (EIoP)**, v. 9, n. 12, p. 01 - 28. 2005.

_____. WTO dispute settlement: an economic analysis of four EU–US mini trade wars — a survey. **Journal of Industry, Competition and Trade, Bank Papers**, v. 4, n. 4, p. 275 - 315. 2004.

BRIMEYER, Benjamin L. Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, p. 133 - 168. 2001.

BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth van den. Financial compensation in the WTO: improving the remedies of the WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 1, p. 101 - 126. 2005.

BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 39, n. 1, p. 19 - 74. 2000.

_____. Persuasion and enforcement: explaining compliance with international law. **Finnish Yearbook of International Law**, v. 13, p. 273 - 298. 2002.

BULL, Hedley. Recapturing the just war for political theory. **World Politics**, v. 31, n. 4, p. 588 - 599. 1979.

BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 205 - 239. 1993.

BUSCH, Marc L. Democracy, consultation, and the paneling of disputes under GATT. **The Journal of Conflict Resolution**, v. 44, n. 4, p. 425 - 446. 2000.

BUSCH, Marc L.; REINHARDT, Eric. Bargaining in the shadow of the law: early settlement in GATT/WTO disputes. **Fordham International Law Journal**, v. 24, n. 1, p. 158 - 172. 2001.

_____. Developing countries and general agreement on tariffs and trade/world trade organization dispute settlement. **Journal of World Trade**, v. 37, n. 4, p. 719 - 736. 2003.

_____. Transatlantic trade conflicts and GATT/WTO dispute settlement. In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich; POLLACK, Mark A. (Coords.) **Transatlantic economic disputes: the EU, the US and the WTO**. New York: Oxford University Press, 2003. p. 465 - 485.

BUSTAMANTE, Rodrigo. The need for a GATT doctrine of locus standi: why the United States cannot stand the European Community's banana import regime. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 6, n. 2, p. 533 - 583. 1997.

BUZAN, Barry. **From international to world society?: english school theory and the social structure of globalization**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. 294 p.

BYERS, Michael. **Custom, power and the power of rules**: international relations and customary international law. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. 250 p.

CADOT, Olivier; WEBBER, Douglas. Banana splits: policy process, particularistic interests, political capture, and money in transatlantic trade politics. **Business and Politics**, v. 4, n. 1, p. 05 - 39. 2002.

CARMICHAEL, Candace. Foreign sales corporations: subsidies, sanctions, and trade wars. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 35, n. 1, p. 151 - 210. 2002.

CARR, Edward Hallett. **Vinte anos de crise, 1919-1939**: uma introdução ao estudo das relações internacionais. Trad. Luiz Alberto Figueiredo Machado. 2. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2001. 312 p.

CASS, Deborah Z. The ‘constitutionalization’ of international trade law: judicial norm-generation as the engine of constitutional development in international trade. **European Journal of International Law**, v. 12, n. 1, p. 39 - 75. 2001.

CHANG, Howard F. Risk regulation, endogenous public concerns, and the hormones dispute: nothing to fear but fear itself? **Southern California Law Review**, v. 77, p. 743 - 776. 2004.

CHARNOVITZ, Steve. Rethinking WTO trade sanctions. **American Journal of International Law**, v. 95, n. 4, p. 792 - 832. 2001.

_____. The WTO’s problematic “last resort” against noncompliance. **Aussenwirtschaft**, v. 57, n. 4, p. 409 - 439. 2002.

CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler; MITCHELL, Ronald B. Managing compliance: a comparative perspective. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. **Engaging countries**: strengthening compliance with international environmental accords. Massachusetts: The Mit Press, 1998. p. 39 - 62.

CHEN, Sijie. China’s compliance with WTO transparency requirement: institution-related impediments. **Amsterdam Law Forum**, v. 4, n. 4, p. 25 - 50. 2012.

CHILTON, Adam S.; BREWSTER, Rachel. Supplying compliance: why and when the US complies with WTO rulings. **Yale Journal of International Law**, v. 39, p. 201 - 246. 2014.

CHILTON, Adam; TINGLEY, Dustin. Why the study of international law needs experiments. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 52, p. 176 - 239. 2013.

CHO, Sungjoon. Of the world trade court's burden. **European Journal of International Law**, v. 20, n. 3, p. 675 - 727, 2009.

_____. The nature of remedies in international trade law. **Pittsburgh Law Review**, v. 65, p. 763 - 796. 2004.

CLARK, Hunter R.; BOGRAN, Amy; HANSON, Hayley. The WTO ruling on foreign sales corporations: costliest battle yet in an escalating trade war between the United States and the European Union. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 10, n. 2, p. 291 - 321. 2001.

COGAN, Jacob Katz. Noncompliance and the international rule of law. **The Yale Journal of International Law**, v. 31, p. 189 - 210. 2006.

COLARES, Juscelino F. The limits of WTO adjudication: is compliance the problem? **Journal of International Economic Law**, v. 14, n. 2, p. 403 - 436. 2011.

COMMINS, Ashley Redd. World trade organization's decision in United States - tax treatment for foreign sales corporations: round three in the transatlantic tax dispute. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. 27, n. 2, p. 363 - 388. 2001.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Berkeley Law Books, 2016. 555 p.

CROSSEN, Teall. Multilateral environmental agreements and the compliance continuum. **Georgetown International Environmental Law Review**, v. 16, p. 473 - 500. 2004.

CUPPETT, Bryan Scott. **Case study on world trade organization dispute settlement: European Communities. Measures affecting meat and meatproducts (hormones), complaint by the United States**. 73 f. 2000. Thesis for degree of Master of Arts Political Science of Virginia Polytechnic Institute and State University, Virginia.

D'AMATO, Anthony. Is international law really law? **Northwestern University Law Review**, v. 79, p. 1293 - 1314. 1985.

_____. The concept of human rights in international law. **Columbia Law Review**, v. 82, n. 6, p. 1110 - 1159. 1982.

DALY, Michael. Some taxing issues for the World Trade Organization. **Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne**, v. 48, n. 4, p. 1053 - 1077. 2000.

DAVEY, William J. Compliance problems in WTO dispute settlement. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 119 - 128. 2009.

_____. The WTO dispute settlement system: the first ten years. **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 1, p. 17 - 50. 2005.

DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit**: le relatif et l'universel. Paris: Seuil, 2003, v. I.

DEMPSEY, Paul Stephen. Compliance & (and) enforcement in international law: achieving global uniformity in aviation safety. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. 30, n. 1, p. 01 - 74. 2005.

DEUTSCH, Karl W.; HOFFMANN, Stanley. **The relevance of international law**. New York: Anchor Books, 1971. 360 p.

DILLON JR., Thomas J. The World Trade Organization: a new legal order for world trade? **Michigan Journal of International Law**, v. 16, n. 2, p. 349 - 402. 1995.

DOUMA, Wybe T. The beef hormones dispute and the use of national standards under WTO law. **European Environmental Law Review**, v. 8, p. 137 - 144. 1999.

DOWNS, George W. Enforcement and the evolution of cooperation. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 319 - 344. 1998.

_____; JONES, Michael A. Reputation, compliance, and international law. **Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 1, p. S95 - S114. 2002.

DU, MICHAEL M. Standard of review under the SPS agreement after EC-hormones II. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 59, p. 441 - 459. 2010.

DUNOFF, Jeffrey L.; RATNER, Steven R.; WIPPMAN, David. **International law: norms, actors, process: a problem-oriented approach**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2010. 1044 p.

DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. Economic analysis of international law. **Yale Journal of International Law**, v. 24, n. 1, p. 01 - 60. 1999.

DURUIGBO, Emeka. International relations, economics and compliance with international law: harnessing common resources to protect the environment and solve global problems. **California Western International Law Journal**, v. 31, n. 2, p. 177 - 214. 2001.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. 515 p.

EHRMANN, Markus. Procedures of compliance control in international environmental treaties. **Colorado Journal of International Environmental Law and Policy**, v. 13, n. 2, p. 377 - 444. 2002.

ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. **Revista de Direito Internacional**, v. 11, n. 1, p. 116 - 133. 2014.

ELVY, Stacy-Ann. Theories of state compliance with international law: assessing the african union's ability to ensure state compliance with the african charter and constitutive act. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, n. 1, p. 75 - 156. 2012.

FARER, Tom J. The prospect for international law and order in the wake of Iraq. **American Journal of International Law**, v. 97, n. 3, p. 621 - 627. 2003.

FASAN, Olu. Commitment and compliance in international law: a study of the implementation of the WTO TRIPS agreement in Nigeria and South Africa. **African Journal of International and Comparative Law**, v. 20, n. 2, p. 191 - 228. 2012.

FINNEMORE, Martha. International organizations as teachers of norms: the United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization and science policy. **International Organization**, v. 47, n. 4, p. 565 - 597. 1993.

FISCHER-LESCANO, A.; TEUBNER, G. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, p. 999 - 1046. 2003 - 2004.

FOOTER, M. E. Developing country practice in the matter of WTO dispute settlement. **Journal of World Trade**, v. 35, n.1, p. 55 - 98, 2001.

FORD, Rosemary A. The beef hormone dispute and carousel sanctions: a roundabout way of forcing compliance with world trade organization decisions. **Brooklyn Journal of International Law**, v. 27, n. 2, p. 543 - 573. 2002.

FRANCK, Thomas M. Democracy, legitimacy and the rule of law: linkages. **NYU Law School, Public Law and Legal Theory**, Working Paper No. 2, p. 01 - 20. 1999.

_____. **Fairness in international law and institutions**. 2. ed. Oxford: OUP Oxford, 1998. 540 p.

_____. What happens now? The United Nations after Iraq. **American Journal of International Law**, v. 97, n. 3, p. 607 - 620. 2003.

FRISCHMANN, Brett. A dynamic institutional theory of international law. **Buffalo Law Review**, v. 51, p. 679 - 809. 2003.

FRUNDT, H. J. Toward a hegemonic resolution in the banana trade. **International Political Science Review**, v. 26, p. 215 - 237. 2005.

GAMBLE, John King Jr.; SHIELDS, Natalie S. International legal scholarship: a perspective on teaching and publishing. **Journal of Legal Education**, v. 39, n. 1, p. 39 - 46. 1989.

GASSAMA, Ibrahim J. Confronting globalization: lessons from the banana wars and the Seattle protests. **Oregon Law Review**, v. 81, n. 3, p. 707 - 738. 2002.

_____. Good bananas, bad bananas: hard lessons from a soft war. **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, v. 104, p. 469 - 472. 2010.

GAYLE, Philip G.; PUTTITANUN, Thitima. Has the Byrd amendment affected US imports? **The World Economy**, v. 32, n. 4, p. 629 - 642. 2009.

GEISINGER, Alex; STEIN, Michael Ashley. A theory of expressive international law. **Vanderbilt Law Review**, v. 60, p. 75 - 132, 2007.

GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. **Principles and methods of law and economics: basic tools for normative reasons**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7 - 33, jan./jun. 2010.

GILPIN, Robert. **War and change in world politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. 272 p.

GINSBURG, Tom; MCADAMS, Richard H. Adjudicating in anarchy: an expressive theory of international dispute resolution. **William and Mary Law Review**, v. 45, n. 4, p. 1229 - 1340. 2004.

GINSBURG, Tom; SHAFFER, Gregory. How does international law work? what empirical research shows. **Minnesota Legal Studies Research**, Paper n. 09-54, p. 01 - 26. 2009.

GLENNON, Michael J. How international rules die. **Georgetown Law Journal**, v. 93, n. 3, p. 939 - 992. 2005.

GOLDSCHMIDT, Mark R. The role of transparency and public participation in international environmental agreements: the north american agreement on environmental cooperation. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, v. 29, n. 2, p. 343 - 398. 2002.

GOLDSMITH, Jack. Sovereignty, international relations theory, and international law. **Stanford Law Review**, v. 52, p. 959 - 986. 2000.

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A theory of customary international law. **The University of Chicago Law Review**, v. 66, p. 1113 - 1211. 1999.

_____. **The limits of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2005. 262 p.

_____. The new international law scholarship. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 34, n. 2, p. 463 - 484. 2006.

GOLDSTEIN, Judith; MARTIN, Lisa L. Legalization, trade liberalization, and domestic politics: a cautionary note. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 603 - 632. 2000.

GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. How to influence states: socialization and international human rights law. **Duke Law Journal**, v. 54, p. 621 - 704. 2004.

_____. Measuring the effects of human rights treaties. **European Journal of International Law**, v. 14, p. 171 - 183. 2003.

_____. Toward an institutional theory of sovereignty. **Stanford Law Review**, v. 55, n. 5, p. 1749 - 1788. 2003.

GRAY, John Chipman. **The nature and sources of the law**. 2. ed. rev. e atual. New York: Columbia University Press, 1927. 348 p

GREEN, Robert A. Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes. **Yale Journal of International Law**, v. 23, n. 1, p. 79 - 139. 1998.

GRIECO, Joseph M. Anarchy and the limits of cooperation: a realist critique of the newest liberal institutionalism. **International Organization**, v. 42, n. 3, p. 485 - 507. 1988.

_____. **Cooperation among nations: Europe, America, and non-tariff barriers to trade**. New York: Cornell University Press, 1990. 255 p.

GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1823 - 1887. 2002.

_____. Global governance and the WTO. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 2, p. 303 - 352. 2004.

_____. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008. 260 p.

_____. International tribunals: a rational choice analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, n. 1, p. 171 - 235. 2008.

GUZMAN, Andrew T.; SIMMONS, Beth A. To settle or empanel? an empirical analysis of litigation and settlement at the world trade organization. **Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 1, p. S205 - S236. 2002.

HAAS, Peter M. Choosing to comply: theorizing from international relations and comparative politics. In: SHELTON, Dinah L. (Coord.). **Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system**. New York: Oxford University Press, 2000. p. 43 - 64.

_____. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 21 - 48. 1997.

HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 47 - 97. 2012.

HARPAZ, Marcia Don. China's WTO compliance-plus anti-dumping policy. **Hebrew University of Jerusalem**, v. 45, n. 4, p. 727 - 766. 2011.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1994. 315 p.

HARTMANN-TROGER, Simone. Antidumping and countervailing duties: the Byrd Amendment. **International Trade and Business Law Review**, v. 11, p. 287 - 298. 2008.

HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 262 - 282. 2015.

HATHAWAY, Oona A. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 469 - 536, jan. 2005.

_____. Do human rights treaties make a difference? **Yale Law Journal**, v. 111, n. 8, p. 1935 - 2042. 2002.

HATHAWAY, Oona A.; KOH, Harold Hongju. **Foundations of international law and politics**. New York: Foundation Press, 2005. 393 p.

HATHAWAY, Oona A.; LAVINBUK, Ariel N. Rationalism and revisionism in international law. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 5, p. 1404 - 1444. 2006.

HATHAWAY, Oona A.; SHAPIRO, S. J. Outcasting: enforcement in domestic and international law. **The Yale Law Journal**, v. 121, p. 252 - 349. 2011.

HAWKINS, Darren; JACOBY, Wade. Partial compliance: a comparison of the european and inter-american courts of human rights. **Journal of International Law and International Relations**, v. 6, n. 1, p. 35 - 86. 2011.

HEINZERLING, Lisa. Political science. **University of Chicago Law Review**, v. 62, n. 1, p. 449 - 473. 1995.

HELPER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a theory of effective supranational adjudication. **Yale Law Journal**, v. 107, n. 2, p. 273 - 392. 1997.

_____; _____. Why states create international tribunals: a response to professors Posner and Yoo. **California Law Review**, v. 93, n. 1, p. 899 - 956. 2005.

HENKIN, Louis. **How nations behave: law and foreign policy**. 2. ed. New York: Columbia University, 1979. 400 p.

HENRIK Horn; MAVROIDIS, Petros C. United States-continued dumping and subsidy offset act of 2000. **World Trade Review**, v. 4, n. 3, p. 525 - 550. 2005.

HENRIK Horn; MAVROIDIS, Petros C.; NORDSTRÖM, Håkan. Is the use of the WTO dispute settlement system biased? **CEPR Discussion Paper 2340**, p. 01 - 30. 1999.

HERVEY, Claire. The Byrd Amendment battle: american trade politics at the WTO. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 27, p. 131 - 156. 2003.

HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 115 - 138.

HO, Daniel E. Compliance and international soft law: why do countries implement the basle accord? **Journal of International Economic Law**, v. 5, n. 3, p. 647 - 688. 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou, a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosinna D'Angina. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2003. 487 p.

HOFMANN, Tobias; KIM, Soo Yeon. Does trade comply? The economic effect(ivenes)s of WTO dispute settlement. Trabalho apresentado no encontro anual da Sociedade de Estudos Internacionais intitulado "Governança Global: Autoridade Política em Transição", Montreal/Quebec, Canadá, 16 mar. 2011. Disponível em: <personal.lse.ac.uk/RICKARD/kim.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017.

HOLLIS, Duncan B. Why state consent still matters: non-state actors, treaties, and the changing sources of international law. **Berkeley Journal of International Law**, v. 23, p. 137 - 174. 2005.

HORLICK, Gary. Dispute resolution mechanism: will the United States play by the rules? **Journal of World Trade**, v. 29, n. 2, p. 163 - 172. 1995.

_____. WTO dispute settlement and the Dole commission. **Journal of World Trade**, v. 29, n. 6, p. 45 - 48. 1995.

HORLICK, Gary; COLEMAN, Judith. The compliance problems of the WTO. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, v. 24, n. 1, p. 141 - 148. 2007.

HUDEC, Robert E. Broadening the scope of remedies in WTO dispute settlement. In: WEISS, Friedl (Coord.). **Improving WTO dispute settlement procedures: issues and lessons from the practice of other international courts and tribunals**. London: Cameron May, 2000. p. 345 - 376.

_____. **Enforcing international trade law: the evolution of the modern GATT legal system**. Salem, N.H.: Butterworth Legal Publishers, 1993. 630 p.

_____. GATT dispute settlement after the Tokyo round: an unfinished business. **Cornell International Law Journal**, v. 13, n. 2, p. 145 - 203. 1980.

_____. **The GATT legal system and world trade diplomacy**. 2. ed. New York: Praeger Publishers, 1990. 376 p.

_____. The new WTO dispute settlement procedure: an overview of the first three years. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 8, n. 1, p. 01 - 54. 1999.

HUFBAUER, Gary Clyde. The foreign sales corporation drama: reaching the last act? **International Economic Policy Brief**, Number PB 02-10, p. 01 - 13. 2002.

IERLEY, Douglas. Defining the factors that influence developing country compliance with and participation in the WTO dispute settlement system: another look at the dispute over bananas. **Law and Policy in International Business**, v. 33, p. 615 - 652. 2002.

IKENSON, Dan. "Byrdening" relations: U.S. trade policies continue to flout the rules. **Free Trade Bulletin**, n. 5, p. 01 - 04. 2004.

IRISH, Adam; KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. Bridging the international law-international relations divide: taking stock of progress. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, n. 2, p. 357 - 388. 2013.

ISLAM, M. Rafiqul. Recent UE trade sanctions on the US to induce compliance with the WTO ruling in the foreign sales corporations case: its policy contradiction revisited. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 3, p. 471 - 490. 2004.

JACKSON, John H. Fragmentation or unification among international institutions: the World Trade Organization. **New York University Journal of International Law and Politics**, v. 31, p. 823 - 831. 1999.

_____. International law status of WTO dispute settlement reports: obligation to comply or option to "buy out"? **American Journal of International Law**, v. 98, n. 1, p. 109 - 125. 2004.

_____. **The jurisprudence of GATT and the WTO: insights on treaty and economics relations**. New York: Cambridge University Press, 2000. 497 p.

_____. The role and effectiveness of the WTO dispute settlement mechanism. In: COLLINS, Susan M.; RODRIK, Dani (Coords). **Brookings Trade Forum**. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2000. p. 179 - 219.

_____. The WTO "constitution" and proposed reform: seven "mantras" revisited. **Journal of International Economic Law**, v. 4, n. 1, p. 67 - 78. 2001.

JACOBSON, Harold K. Conceptual, methodological and substantive issues entwined in studying compliance. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 569 - 579. 1998.

_____. The global system and the realization of human dignity and justice. **International Studies Quarterly**, v. 26, n. 3, p. 315 - 332. 1982.

_____. The WTO dispute settlement understanding: misunderstandings on the nature of legal obligation. **The American Journal of International Law**, v. 91, n. 1, p. 60 - 64. 1997.

JANSEN, Kees. Banana wars and the multiplicity of conflicts in commodity chains. **European Review of Latin American and Caribbean Studies**, v. 81, out. p. 97 - 113. 2006.

JASANOFF, Sheila. Contingent knowledge: implications for implementation and compliance. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998. p. 63 - 87.

JEPPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 33 - 75.

JOERGENS, Konstantin J. True appellate procedure or only a two-stage process? A view of the appellate body under the WTO dispute settlement understanding. **Law and Policy in International Business**, v. 30, n. 2, p. 193 - 230. 1999.

JOHNSTON, Douglas M. Functionalism in the theory of international law. **Canadian Yearbook of International Law**, v. 26, p. 03 - 60. 1988.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. 1998. **Stanford Law Review**, v. 50, 1471 - 1550. 1998.

JÖNSSON, Christer; TALLBERG, Jonas. Compliance and post-agreement bargaining. **European Journal of International Relations**, v. 4, n. 4, p. 371 - 408. 1998.

JOSLING, Tim; ROBERTS, Donna; HASSAN, Ayesha. The beef-hormone dispute and its implications for trade policy. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242073421_The_Beef-Hormone_Dispute_and_its_Implications_for_Trade_Policy>. Acesso em: 13 jan. 2017.

JOYNER, Christopher C. Crossing the great divide: views of a political scientist wandering in the world of international law. **American Society of International Law Proceedings**, v. 81, p. 385 -391. 1987.

_____. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 673 - 734. 2001.

JUNG, Youngjin; LEE, Sun Hyeong. The legacy of the Byrd Amendment controversies: rethinking the principle of good faith. **Journal of World Trade**, v. 37, n. 5, p. 921 - 958. 2003.

KAPLAN, Norton A.; KATZENBACH, Nicholas De B. **The political foundations of international law**. New York: John Wiley e Sons, 1961. 372 p.

KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 645 - 685. 1998.

KEAMS, Jason; CHAMOVITZ, Steve. Adjudicating compliance in the WTO: a review of DSU article 21.5. **Journal of International Economic Law**, v. 5, n. 2, p. 331 - 352. 2002.

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 14, p. 227 - 331, 1926.

_____. **Peace through law**. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2008. 155 p.

_____; TUCKER, Robert W. **Principles of international law**. 2. ed. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1967. 602 p

KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 673 - 734. 2001.

KENNAN, George Frost. **American diplomacy: 1900-1950**. New York: Mentor, 1951. 144 p.

KEOHANE, Robert O. Compliance with international commitments: politics within a framework of law. **American Society of International Law Proceedings**, v. 86, p. 176 - 179. 1992.

_____. International institutions: two approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 379 - 396. 1988.

_____. International relations and international law: interests reputation, institutions. **American Society of International Law Proceedings**, v. 93, p. 375 - 379. 1999.

_____. International relations and international law: two optics. **Harvard International Law Journal**, v. 38, p. 487 - 502. 1997.

KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. Legalized dispute resolution: interstate and transnational. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 457 - 488. 2000.

KHACHATURIAN, Alex. Reforming the United States export tax policy: an alternative to the american trade war with the European Union. **University of California Davis Journal of International Law & Policy**, v. 14, n. 2, p. 185 - 203. 2008.

KHANSARI, Azar M. Searching for the perfect solution: international dispute resolution and the new world trade organization. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 20, n. 1, p. 183 - 206. 1996.

KIMBLE, Tina Potuto. Anticipatory compliance with WTO rules and the erosion of U.S. sovereignty. **QLR**, v. 25, n. 1, p. 97 - 116. 2006.

KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 345 - 372. 1998.

KLABBERS, Jan. The relative autonomy of international law or the forgotten politics of interdisciplinarity. **Journal of International Law & International Relations**, v. 1, n. 1 - 2, p. 35 - 48. 2005.

KLANCHNIK, Colleen. United States-European Union dispute on foreign source income, export activity, and the Extraterritorial Income Exclusion Act. **Hofstra Law Review**, v. 33, n. 1, p. 331 - 365. 2004.

KLAPROTH, Jesse. Decision by the arbitrator - United States - continued dumping and subsidy offset act of 2000: payback is for the byrds; arbitrator allows eight countries to sanction the United States. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 13, p. 401 - 420. 2005.

KLEINER, Marc. Bananas, airplanes and the WTO: prohibited export subsidies. **University of Miami International and Comparative Law Review**, v. 10, p. 129 - 142. 2002.

KOCS, Stephen A. Explaining the strategic behavior of states: international law as system structure. **International Studies Quarterly**, v. 38, n. 4, p. 535 - 556. 1994.

KOH, Harold Hongju. Jefferson memorial lecture: transnational legal process after september 11th. **Berkeley Journal of International Law**, v. 22, n. 3, p. 337 - 354. 2004.

_____. The 1998 frankel lecture: bringing international law home. **Houston Law Review**, v. 35, n. 3, p. 623 - 682. 1998.

_____. Transnational legal process. **Nebraska Law Review**, v. 75, p. 181 - 207. 1996.

_____. Why do nations obey international law? **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, Paper 2101, v. 106, p. 2599 - 2659. 1997.

KOSKENNIEMI, Martti. Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the image of law in international relations. In: BYERS, M. (Org.). **The role of law in international politics: essays in international relations and international law**. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 17 - 34.

_____. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: Cambridge University, 2005. 683 p.

_____. The politics of international law: twenty years later. **European Journal of International Law**. v. 20, n. 1, p. 07 - 19, 2009.

_____; LEHTO, Marja. The privilege of universality: international law, economic ideology and seabed resources. **Nordic Journal of International Law**, v. 65, n. 3 - 4, p. 533 - 556. 1996.

KOZLINA, Simon. WTO panel report in United States - tax treatment of 'foreign sales corporations'. **University of New South Wales Law Journal**, v. 24, n. 1, p. 515 - 529. 2001.

KRASNER, Stephen D. International law and international relations: together, apart, together? **Chicago Journal of International Law**, v. 1, n. 1, p. 93 - 100. 2000.

_____. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. **International Organization**, v. 36, n. 2, p. 185 - 205. 1982.

KRATOCHWIL, Friedrich. **Rules, norms, and decisions: on the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. 317 p.

KRATOCHWIL, Friedrich; RUGGIE, John Gerard. International organization: a state of the art on an art of the state. **International Organization**, v. 40, n. 4, p. 753 - 775. 1986.

KREPS, Sarah Elizabeth; AREND, Anthony Clark. Why states follow the rules: toward a positional theory of adherence to international legal regimes. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 16, n. 2, p. 331 - 411. 2006.

KRETZMER, David. Rethinking application of IHL in non-international armed conflict. **Israel Law Review**, v. 42, n. 1, p. 08 - 45, 2009.

KRISCH, Nico. International law in times of hegemony: unequal power and the shaping of the international legal order. **European Journal of International Law**, v. 16, n. 3, p. 369 - 408. 2005.

KUNZE, Katharina. **Solving EC-Bananas**: the WTO dispute settlement mechanism and developing countries. 2009. 66 f. Thesis for degree of Master of Law and Business, Bucerius Law School / Otto Beisheim School of Management, Hamburgo.

LANG, Andrew. Twenty years of the WTO appellate body's "fragmentation jurisprudence". **Journal of International Trade Law and Policy**, v. 14, n. 3, p. 116 - 125. 2015.

LAWRENCE, Robert J. **Crimes and punishments**: retaliation under the WTO. Washington, DC: Peterson Institute, 2003. 120 p.

LEAH, Levy. International trade law - original DSB rulings apply to subsequent remedial measures - action by dispute settlement body, United States - tax treatment for foreign sales corporations, second recourse to article 21.5 of the DSU by the European Communities. **Suffolk Transnational Law Review**, v. 31, n. 1, p. 199 - 208. 2007.

LEE, Seung-Hyun; BAIK, Yoon-Suk. Corporate lobbying in antidumping cases: looking into the continued dumping and subsidy offset act. **Journal of Business Ethics**, v. 96, n. 3, p. 467 - 478. 2010.

LEIBOWITZ, Lewis E; STOEL, Jonathan T. Repeal of the Byrd Amendment: foreign and domestic efforts result in the end of a WTO-illegal US practice. **Global Trade and Customs Journal**, v. 2, n. 1, p. 73 - 77. 2007.

LIMA, Thiago. O desafio de ganhar e levar: um estudo exploratório sobre a reação dos EUA em contestações agrícolas na OMC. **Cadernos Cedec (Edição Especial Cedec/INEU)**, n. 84, p. 01 - 27, nov. 2009.

LIN, Tsai-Yu. Compliance proceedings under article 21.5 of DSU and Doha proposed reform. **The International Lawyer**, v. 39, n. 4, p. 915 - 936. 2005.

LLOYD, Nicole C. Beef hormones foster animosity and not growth: an analysis of the World Trade Organization solving the United States' and European Communities beef hormone dispute. **Penn State International Law Review**, v. 25, n.2, p. 557 - 587. 2006.

LOPEZ, Daniel M. The Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000: relief for the U.S. steel industry; trouble for the United States in the WTO. **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, v. 23, n. 2. p. 415 - 455. 2002.

LUHMANN, N. **Sociología del riesgo**. Trad. Silvia Pappe Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, Javier Torres Nafarrate (Coord.). 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006. 294 p.

MACLEAN, Robert M. The proper function of international law in the determination of global behavior. **Canadian Yearbook of International Law**, v. 27, p. 57 - 80. 1989.

MAGEN, Amichal. The shadow of enlargement: can the european neighbourhood policy achieve compliance. **Columbia Journal of European Law**, v. 12, n. 2, p. 383 - 428. 2006.

MANNING, Brian; RAGAVAN, Srividhya. The dispute settlement process of the WTO: a normative structure to achieve utilitarian objectives. **UMKC Law Review**, v. 79, n. 1, p. 01 - 30. 2010.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Trad. Maria Júlia Goldwasser. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. 197 p.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. The institutional dynamics of international political orders. **International Organization**, v. 52, n. 4, 1998, p. 943 - 969.

MAVROIDIS, Petros C. Remedies in the WTO legal system: between a rock and a hard place. **European Journal of International Law**, v. 11, n. 4, p. 763 - 814. 2000.

_____. The meeting in Doha. **Journal of World Trade**, v. 36, n. 2, p. 167 - 169. 2002.

MCBRIDE, Thaddeus. Rejuvenating the WTO: Why the U.S. must assist developing countries in trade disputes. **International Legal Perspectives**, v. 11, n. 1, p. 65 - 102. 1999.

MCDANIEL, Paul R. Trade agreements and income taxation: interactions, conflicts, and resolutions. **Boston College Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, n. 29, p. 01 - 38. 2004.

MCGIVERN, Brendan P. Seeking compliance with WTO rulings: theory, practice and alternatives. **International Lawyer (ABA)**, v. 36, n. 1, p. 141 - 158. 2002.

MCGUINNESS, Margaret E. Exploring the limits of international human rights law. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 34, n. 2, p. 393 - 422. 2006.

MEHLING, Michael A. Betwixt scylla and charybdis: the concept of effectiveness in international environmental law. **Finnish Yearbook of International Law**, v. 13, p. 129 - 182. 2002.

MELO, Jaime de. Bananas, the GATT, the WTO and US and EU domestic politics. **Fondation pour les Études et Recherches sur le Développement International Working Paper** n. 54, p. 01 - 40. 2012.

MINELLA, Nicholas J. Motives and consequences of the FSC dispute: recent salvo in a long standing trade war or fashioning a bargaining chip? **Brooklyn Journal of International Economic Law**, v. 27, n. 3, p. 1065 - 1104. 2002.

MOINUDDIN, Mustafa; SENGSAVANG, Vilakone. WTO dispute settlement and the problems of compliance: does cross-retaliation under TRIPS provide a remedy? **Yokohama Journal of Social Sciences**, v. 15, n. 4, p. 79 - 90, 2010.

MONTANA-MORA, Miguel. International law and international relations cheek to cheek: an international law/international relations perspective on the U.S./EC agricultural export subsidies dispute. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. 19, n 1, p. 01 - 60. 1993.

MOORE, John Norton. Enhancing compliance with international law: a neglected remedy. **Virginia Journal of International Law**, v. 39, n. 4, p. 881 - 1016. 1999.

MORA, Miquel Montana I. A GATT with teeth: law wins over politics in the resolution of international trade disputes. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 31, n. 1, p. 103 - 180. 1993.

MORGENTHAU, Hans Joachim. **A política entre as nações**: a luta pelo poder e pela paz. Trad. Oswaldo Biato. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2003. 1093 p.

MOSOTI, Victor. Does Africa need the WTO dispute settlement system? In: SHAFFER, Gregory; _____; QURESHI, Asif (Coords). **International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)**, Resource Paper n. 5, p. 71 - 88. 2003.

MOVSESIAN, Mark L. Enforcement of WTO rulings: an interest group analysis. **Hofstra Law Review**, v. 32, n. 1, p. 01 - 22. 2003.

_____. International decision: United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000. **The American Journal of International Law**, v. 98, p. 150 - 155. 2004.

MUELLER, Kristin. Hormonal imbalance: an analysis of the hormone treated beef trade dispute between the United States and the European Union. **Drake Journal of Agricultural Law**, v. 1, p. 97 - 111. 1996.

MULVENA, Michelle M. Has the WTO gone bananas? how the banana dispute has tested the WTO dispute settlement mechanism. **New England International and Comparative Law Annual**, v. 7, p. 171 - 192. 2001.

MUSHKAT, Roda. Compliance with international environmental regimes: chinese lessons. **William & Mary Environmental Law and Policy Review**, v. 34, n. 2, p. 493 - 542. 2010.

_____. Dissecting international legal compliance: an unfinished odyssey. **Denver Journal of International Law and Policy**, v. 38, p. 161 - 192. 2010.

NEFF, Stephen C. A short history of international law. In: EVANS, Malcolm D. (coord.). **International law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 03 - 31.

NGANGJOH, Yencong; RIOS-HERRAN, Roberto. WTO dispute settlement system and the issue of compliance: multilateralizing the enforcement mechanism. **Manchester Journal of International Economic Law**, v. 1, n. 3, p. 15 - 30. 2004.

NORMAN, George; TRACHTMAN, Joel. Measuring the shadow of the future: an introduction to the game theory of customary international law. **University of Illinois Law Review**, v. 2008, n. 1, p. 127 - 154. 2008.

NZELIBE, Jide. The credibility imperative: the political dynamics of retaliation in the world trade organization's dispute resolution mechanism. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 6, n. 1, p. 215 - 254. 2005.

O'CONNELL, Mary Ellen. Enforcement and the success of international environmental law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 3 p. 47 - 64. 1995.

O'CONNOR, Bernard. Remedies in the world trade organization dispute settlement system: the bananas and hormones cases. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 2. p. 245 - 266. 2004.

OLOFSON, Fredrik. **Trade gone bananas: a study of political control over trade**. 34 f. Thesis for degree of Master in of University of Gothenburg, Gothenburg.

ONUF, Nicholas; TAULBEE, James. Bringing law to bear on international relations theory courses. **Political Science & Politics**, v. 26, n. 2, p. 249 - 254. 1993.

OST, François. **Legal system between order and disorder**. Oxford: Oxford University Press, 1994. 192 p.

_____; KERCHOVE, M. **De la pyramide au reseau: pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. 587 p.

PALMER, Erin N. The World Trade Organization slip up: a critique of the World Trade Organization's dispute settlement understanding through the European Union banana dispute. **Tennessee Law Review**, v. 69, p. 443 - 483. 2002.

PATTERSON, Eliza. The US-EU banana dispute. **American Society of International Law Proceedings**, v. 6, n. 4, p. 01 - 05. 2001.

PAUWELYN, Joost H. Enforcement and countermeasures in the WTO: rules are rules - toward a more collective approach. **American Journal of International Law**, v. 94, p. 335 - 347. 2000.

PECKRON, Harold S. Uniform rules of engagement: the new tax regime for foreign sales. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 25, n. 1, p. 01 - 40. 2001.

PELC, Krzysztof J. Seeking escape: the use of escape clauses in international trade agreements. **International Studies Quarterly**, v. 53, p. 349 - 368. 2009.

PERISIN, Tamara; BOBIC, Ana; JAKIR, Vanda. EU dispute settlements in the WTO: selected pending cases. **Croatian Yearbook of European Law & Policy**, v. 6, p. 325 - 348. 2010.

PERKINS, Nancy L. Introductory note to the WTO appellate body's foreign sales corporations (FSC) decision. **International Legal Materials**, v. 39, n. 3, p. 714 - 716. 2000.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. The transformation of the world trading system through the 1994 agreement establishing the World Trade Organization. **European Journal of International Law**, v. 6, p. 161 - 221. 1995.

_____. The WTO constitution and human rights. **Journal of International Economic Law**, v. 3, n. 1, p. 19 - 26. 2000.

PICKER, Colin B. Reputational fallacies in international law: a comparative review of United States and canadian trade actions. **Brooklyn Journal of International Law**, v. 30, n. 1, p. 67 - 116. 2004.

PLATT, Andrew. The fate of domestic exporters under the Byrd Amendment: a case study for resuscitating last-in-time treaty interpretation. **International Law & Management Review**, v. 3, p. 171 - 212. 2006.

POŠIVÁKOVÁ, Ľudmila. The relationship between US and EU as members of WTO. Disponível em: <<https://www.law.muni.cz/content/cs/>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

POSNER, Eric A. Do states have a moral obligation to obey international law? **Stanford Law Review**, v. 55, n. 5, p. 1901 - 1920. 2003.

_____; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. **California Law Review**, v. 93, n. 1, p. 01 - 74. 2005.

POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PRINCEN, Sebastiaan. EC compliance with WTO law: the interplay of law and politics. **European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 555 - 574. 2004.

PRUSA, Thomas; SKEATH, Susan. The economic and strategic motives for antidumping filings. **Review of World Economics**, v. 138, n. 3, p. 389 - 413. 2002.

PURVIS, Nigel. Critical legal studies in public international law. **Harvard International Law Journal**, v. 32, n. 1, p. 81 - 128. 1991.

PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. **International Organization**, v. 42, n. 03, p. 427 - 460. 1988.

QURESHI, Asif H.; GRYNBERG, Roman. United States tax subsidies under domestic international sales corporation, foreign sales corporation and extraterritorial income exclusion act legislation within the framework of the World Trade Organization. **Journal of World Trade**, v. 36, n. 5. p. 979 - 992. 2002.

RAGOSTA, John; JONEJA, Navin; ZELDOVICH, Mikhail. WTO dispute settlement: the system is flawed and must be fixed. **International Lawyer (ABA)**, v. 37, n. 3. p. 697 - 752. 2003.

RAMSEY, Michael D. The empirical dilemma of international law. **San Diego Law Review**, v. 41, n. 3, p. 1243 - 1262. 2004.

RATNER, Steven R. Does international law matter in preventing ethnic conflict? **New York University Journal of International Law and Politic**, v. 32, p. 591 - 698, 2000.

_____. Overcoming temptations to violate human dignity in times of crisis: on the possibilities for meaningful self-restraint. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 5, n. 1, p. 81 - 110. 2004.

RATNER, Steven R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Appraising the methods of international law: a prospectus for readers. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 01 - 22. 2004.

RAUSTIALA, Kal. Compliance and effectiveness in international regulatory cooperation. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 32, p. 387 - 440, 2000.

_____. Refining the limits of international law. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 34, p. 01 - 21. 2006.

_____. Sovereignty and multilateralism. **Chicago Journal of International Law**, v. 1, n. 2, p. 401 - 419. 2000.

_____. The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law. **Virginia Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 01 - 92. 2002.

RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 538 - 558.

RAWLS, John. Two concepts of rules. **The Philosophical Review**, v. 64, n. 1, p. 3 - 32. 1955.

READ, Robert. The anatomy of the EU-US WTO banana trade dispute. **The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy**, v. 2, n. 2, p. 257 - 282. 2001.

REINHARDT, Eric. Adjudication without enforcement in GATT disputes. **The Journal of Conflict Resolution**, v. 45, n. 2, p. 174 - 195. 2001.

_____. Aggressive multilateralism: the determinants of GATT/WTO dispute initiation, 1948-1998. **Emory University**, p. 01 - 40. 2000.

REYNOLDS, Kara M. Subsidizing rent-seeking: antidumping protection and the Byrd Amendment. **Journal of International Economics**, v. 70, p. 490 - 502. 2006.

RIBEIRO, Gustavo Ferreira; CAIADO, Jose Guilherme Moreno. Por que uma análise econômica do direito internacional público? desafios e perspectivas do método no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 245 - 261. 2015.

RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JR, Ivo Teixeira. **O jurista que calculava**. Curitiba: CRV, 2013.

ROCHESTER, J. Martin. The rise and fall of international organization as a field of study. **International Organization**, v. 40, n. 04, p. 777 - 813. 1986.

ROEMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. 2. ed. México: ITAM, 2000.

RUS, Tudor N. The short, unhappy life of the Byrd Amendment. **New York University Journal of Legislation and Public Policy**, v. 10, n. 2, p. 427 - 443. 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito? **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 4 - 6, jan./jun. 2010.

_____. Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association**, p. 2 - 10, ago. 2008.

SCHAEFER, Matthew. National review of WTO dispute settlement reports: in the name of sovereignty or enhanced WTO rule compliance? **St. John's Journal of Legal Commentary**, v. 11, n. 2, p. 307 - 350. 1996.

SCHARF, Michael P. International law in crisis: a qualitative empirical contribution to the compliance debate. **Cardozo Law Review**, v. 31, n. 1, p. 45 - 98. 2010.

SCHAUER, Frederick. The politics and incentives of legal transplantation. **CID Working Paper n. 44, Law and Development Paper n. 2**, p. 01 - 22. 2000.

SCHLEICHER, David. Liberal international law theory and the United Nations mission in Kosovo: ideas and practice. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 1, n. 1, p. 179 - 236. 2005.

SCHMITZ, Troy G.; SEALE JR, James L. Countervailing duties, antidumping tariffs, and the Byrd Amendment: a welfare analysis. **International Journal of Applied Economics**, v. 1, n. 1, p. 65 - 80. 2004.

SCHUTZMAN, Meredith. Antidumping and the continued dumping and subsidy offset act of 2000: a renewed debate. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, v. 11, p. 1069 - 1097. 2004.

SCHWARTZ, Warren F.; SYKES, Alan O. The economic structure of renegotiation and dispute resolution in the World Trade Organization. **Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 1, p. S179 - S204. 2002.

SCOBIE, Iain. Wicked heresies or legitimate perspectives? Theory and international law. In: EVANS, Malcolm D. (coord.). **International law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 58 - 92.

SETEAR, John K. An iterative perspective on treaties: a synthesis of international relations theory and international law. **Harvard International Law Journal**, v. 37, p. 139 - 237. 1996.

_____. Responses to breach of a treaty and rationalist international relations theory: the rules of release and remediation in the law of treaties and the law of state responsibility. **Virginia Law Review**, v. 83, n. 1, p. 01 - 126. 1997.

SHAFFER, Gregory. How to make the WTO dispute settlement system work for developing countries: some proactive developing country strategies. In: _____; MOSOTI, Victor; QURESHI, Asif (Coords). **International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)**, Resource Paper n. 5, p. 01 - 65. 2003.

SHAFFER, Gregory; ELSIG, Manfred; PUIG, Sergio. The extensive (but fragile) authority of the WTO appellate body. **Law and Contemporary Problems**, vol. 79, n. 1, p. 237 - 273. 2016.

SHAFFER, Gregory; GINSBURG, Tom. The empirical turn in international legal scholarship. **American Journal of International Law**, v. 106, n. 1, p. 01 - 46. 2012.

SHANY, Yuval. Assessing the effectiveness of international courts: a goal-based approach. **American Journal of International Law**, v. 106, n. 2, p. 225 - 270. 2012.

SHEN, Jianming. The basis of international law: why nations observe. **Dickinson Journal of International Law**, v. 17, n. 2, p. 287 - 356. 1999.

SHEPPARD, Hale E. The continued dumping and subsidy offset act (Byrd Amendment): a defeat before the WTO may constitute an overall victory for U.S. trade. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 10, p. 121 - 155. 2002.

SHOWALTER, J. Michael. A cruel trilemma: the flawed political economy of remedies to WTO subsidies disputes. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 37, n. 2, p. 587 - 630. 2004.

SIEN, Isis Amelia Rose. Beefing up the hormones dispute problems in compliance and viable compromise alternatives. **Georgetown Law Journal**, v. 95, n. 2, p. 565 - 590. 2007.

SIMMONS, Beth A. Capacity, commitment, and compliance: international institutions and territorial disputes. **Journal of Conflict Resolution**, v. 46, p. 829 - 856. 2002.

_____. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 75 - 93. 1998.

_____. International law and international relations: scholarship at the intersection of principles and politics. **American Society of International Law Proceedings**, v. 95, p. 271 - 279. 2001.

_____. Money and the law: why comply with the public international law of money? **Yale Journal of International Law**, v. 25, n. 2, p. 323 - 362. 2000.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A liberal theory of international law. **American Society of International Law Proceedings**, v. 94, p. 240 - 248. 2000.

_____. International law and international relations. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 285, p. 09 - 249, 2000.

_____. International law in a world of liberal states. **European Journal of International Law**, v. 6, n. 4, p. 503 - 538. 1995.

SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship. **American Journal of International Law**, v. 92, n. 3, p. 367 - 397. 1998.

SEINER, John. Beating them at their own game: a solution to the U.S. foreign sales corporation crisis. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 11, n. 2, p. 395 - 416. 2002.

SMITH, Stuart. Fishing for rainbows, the FSC repeal and extraterritorial income exclusion act. **San Diego International Law Journal**, v. 5, p. 503 - 542. 2004.

SORNARAJAH, M. Power and justice in international law. **Singapore Journal of International & Comparative Law**, v. 1, n. 1, p. 28 - 68. 1997.

SOUZA, Igor Abdalla Medina de. Dom Quixote reencontra Sancho Pança: relações internacionais e direito internacional antes, durante e depois da guerra fria. **Contexto Internacional**, v. 28, n. 1, p. 101 - 166. 2006.

SPAIN, Anna. Using international dispute resolution to address the compliance question in international law. **Georgetown Journal of International Law**, v. 40, p. 807 - 864. 2009.

SPAMANN, Holger. The myth of “rebalancing” retaliation in WTO dispute settlement practice. **Journal of International Economic Law**, v. 9, p. 31 - 79. 2006.

SPIEGEL, Jessica L. Will the great banana war ever end: will the tariff only system be the solution. **Boston College International and Comparative Law Review**, v. 24, n. 1, p. 219 - 234. 2000.

SPIPKER, Gabriele. Compliance with WTO dispute rulings. **NCCR Trade Regulation**, Working Paper n. 2011/25, p. 01 - 20. 2012.

SPIRO, Peter J. Globalization, international law, and the academy. **New York University Journal of International Law and Politics**, v. 32, n. 2, p. 567 - 590. 2000.

STEINBACH, Armin. EC liability for non-compliance with decisions of the WTO DSB: the lack of judicial protection persists. **Journal of World Trade**, v. 43, n. 5, p. 1047 - 1070. 2009.

STEINBERG, Richard H. In the shadow of law or power? Consensus-based bargaining and outcomes in the GATT/WTO. **International Organization**, v. 56, n. 2, p. 339 - 374. 2002.

STERN, Brigitte. How to regulate globalization? In: BYERS, Michael. (Coord.). **The role of law in international politics**. New York: Oxford University Press, 2000. p. 247 - 268.

STRANGE, Susan. Cave! Hic dragones: a critique of regime analysis. **International Organization**, v. 36, n. 2, p. 479 - 496. 1982.

SULLIVAN, Helena D. Regional jet trade wars: politics and compliance in WTO dispute resolution. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 12, p. 71 - 108. 2003.

SWAINE, Edward T. International law is, as international theory does? **American Journal of International Law**, v. 100, n. 1, p. 248 - 266. 2006.

SYKES, Alan O. Regulatory protectionism and the of international trade. **The University of Chicago Law Review**, v. 66, n. 1, p. 01 - 46. 1999.

TAUBMAN, Jarrett. Towards a theory of democratic compliance: security council legitimacy and effectiveness after Iraq. **New York University Journal of International Law and Politics**, v. 37, n. 1, p. 161 - 224. 2004.

TAYLOR, C. O'Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. **Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 309 - 447. 2007.

TELMAN, Jeremy. Non-State actors in the middle east: a challenge for rationalist legal theory. **Cornell International Law Journal**, v. 46, n. 1, p. 51 - 74. 2013.

TETLEY, William. Uniformity of international private maritime law: the pros, cons, and alternatives to international conventions: how to adopt an international convention. **Tulane Maritime Law Journal**, v. 24, n. 2, p. 775 - 856. 2000.

TEUBNER, G. Altera pars audiatur: law in the collision of discourses. In: R. Rawlings (ed.) **Law, society and economy**. Oxford: Clarendon, 1997. p. 149 - 176.

_____. And if I by beelzebub cast out devils: an essay on the diabolics of network failure. **German Law Journal**, v. 10, n. 4, p. 115 - 136. 2009.

_____. **Constitutional fragments**: societal constitutionalism and globalization. Trad. Gareth Norbury. Oxford: OUP, 2012. 213 p.

_____. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: _____. **Global law without a state**. Brookfield: Dartmouth, 1997. p. 01 - 22.

_____. The King's many bodies: the self-desconstruction of law's hierarchy. **Law and Society Review**, v. 31, n. 4, p. 763 - 787. 1997.

TOOPE, Stephen. Emerging patterns of governance and international law. In: BYERS, Michael. (Coord.). **The role of law in international politics**. New York: Oxford University Press, 2000. p. 91 - 108.

TRACHTMAN, Joel P. Bananas, direct effect and compliance. **European Journal of International Law**, v. 10, n. 4, p. 655 - 678. 1999.

_____. **The future of international law**: global government. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. 167 p.

_____. The WTO cathedral. **Stanford Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 127 - 168. 2007.

TRIEPEL, H. Les rapports entre le droit interne et le droit international. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 1, p. 77 - 121, 1923.

TRIMBLE, Philip R. International law, world order, and critical legal studies. **Stanford Law Review**, v. 42, n. 3, p. 811 - 845. 1990.

_____. The plight of academic international law. **Chicago Journal of International Law**, v. 1, n. 1, p. 117 - 124. 2000.

TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília, DF / São Paulo: Universidade de Brasília; Imprensa Oficial de São Paulo: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2001. 582 p.

ULRICH, Jennifer L. Confronting gender-based violence with international instruments: is a solution to the pandemic within reach. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 7, n. 2, p. 629 - 654. 2000.

VAGTS, Detlev F. Hegemonic international law. **American Journal of International Law**, v. 95, n. 4, p. 843 - 848. 2001.

_____. The United States and its treaties: observance and breach. **American Journal of International Law**, v. 95, n. 2, p. 313 - 334. 2001.

VALDERRAMA, I. J. M. Legal transplants and comparative law. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n. 2, p. 261 -276. 2003.

VARELLA, M. D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. **Revista Direito GV**, v. 19, n. 1, p. 53 -68. 2014.

_____. Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 52, n. 2, p. 05 - 21. 2009.

_____. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013. 500 p.

VÁZQUEZ, Rodolfo. Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 5, p. 143 – 152, out. 1996.

VAZQUEZ, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 555 – 568. 2002.

VERDIER, Pierre-Hugues. Cooperative states: international relations, state responsibility and the problem of custom. **Virginia Journal of International Law**, v. 42, p. 839 – 867. 2002.

VERDROSS, Alfred. Le fondement du droit international. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 16, p. 247 – 323, 1927.

WALTZ, Kenneth Neal. **Theory of international politics**. Boston, Mass.: McGraw-Hill, 1979. 251 p.

WATTS, Sean. Reciprocity and the law of war. **Harvard International Law Journal**, v. 50, n. 2, p. 365 – 434. 2009.

WEERAMANTRY, C. G. **Universalising international law**. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2004. 538 p.

WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1555 – 1590. 1999.

_____; JACOBSON, Harold K. A framework for analysis. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998. p. 01 – 18.

_____. Assessing the record and designing strategies to engage countries. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998. p. 511 – 554.

WENDT, Alexander. Collective identity formation and the international state. **The American Political Science Review**, v. 88, n. 2, p. 384 – 396. 1994.

_____. Constructing international politics. **International Security**, v. 20, n. 1, p. 71 - 81. 1995.

WIENER, Antje; PUETTER, Uwe. The quality of norms is what actors make of it critical: constructivist research on norms. **Journal of International Law and International Relations**, v. 5, n. 1, p. 01 - 16. 2009.

WILSON, Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement ruling: the record to date. **Journal of International Economic Law**, v. 10, n. 2, p. 397 - 403. 2007.

WIRTH, David A. The role of science in the Uruguay Round and NAFTA trade disciplines. **Cornell International Law Journal**, v. 27, p. 817 - 860. 1994.

WOLFRUM, Rüdiger. Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 272, p. 09 - 154, 1998.

WÜGER, Daniel. The never ending story: the implementation phase in the dispute between the EC and the United States on hormone-treated beef. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, p. 777 - 825. 2002.

YOUNG, Oran R. International law and social science: the contributions of Ayres Mcdougal. **American Journal of International Law**, v. 66, n. 1, p. 60 - 76. 1972.

_____. International regimes: toward a new theory of institutions. **World Politics**, v. 39, n. 1, p. 104 - 122. 1986.

YU, Xuesong A. The Byrd's view might not give you a whole picture - the battle in the World Trade Organization on the continued dumping and subsidy offset act of 2000. **Florida Journal of International Law**, v. 17, p. 417 - 438. 2005.

ZIMMERMAN, Claus D. Toleration of temporary non-compliance: the systemic safety valve of WTO dispute settlement revisited. **Trade, Law and Development**, v. 3, n. 2, p. 382 - 406. 2011.

ZURN, Michael. Introduction: law and compliance at different levels. In: _____; JOERGES, Christian (Coords.). **Law and governance in postnational Europe: compliance beyond the nation-state**. New York: Cambridge University Press, p. 01 - 39. 2005.